

LE DIVORCE

DANS LA

LÉGISLATION TALMUDIQUE

PAR

Maurice CAHN

PARIS

IMPRIMERIE L'ÉMANCIPATRICE

3, rue de Pondichéry, 3

1901

LE DIVORCE

DANS LA

LÉGISLATION TALMUDIQUE

PAR

Maurice CAHN

EXAMINATEURS

Président : M. ESMEIN.

Professeurs : MM. LEFEBVRE et GIRARD

SOUTENANCE

Mardi 29 Octobre 1901, à 9 h. 1/2

LE DIVORCE

DANS LA

LÉGISLATION TALMUDIQUE

PAR



Maurice CAHN

PARIS

IMPRIMERIE L'ÉMANCIPATRICE

3, rue de Pondichéry, 3

—
1901

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

THÈSES DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE DIVORCE DANS LA LÉGISLATION TALMUDIQUE

INTRODUCTION

Ce travail est un simple exposé de la loi juive du divorce.

Des nombreuses décisions particulières que nous présentent la Mischna et le Talmud, des différentes opinions sur chaque question, il fallait dégager la règle générale ; celle-ci une fois établie, on voit graviter autour d'elle et la refléter, l'infinie variété des applications spéciales ; alors aussi on aperçoit clairement les nombreuses exceptions que les nécessités de la pratique ont suggérées et imposées.

L'étude historique du sujet nous en montre les transformations qu'il a subies dans le cours du temps, l'influence qu'ont exercée sur son développement les civilisations diverses. Le législateur prend le peuple juif à son berceau, dans ses mœurs rudes et sauvages ; le police, fait éclater l'idéal de dévouement et la profondeur de l'union conjugale, relève par conséquent la femme de cette condition où elle n'était rien pour en faire quelque chose, lui accorde de plus en plus de droits contre l'absolutisme marital, contre son privilège arbitraire et illimité de répudiation, contre la situation misérable de l'épouse injustement chassée, contre son incapacité de provoquer elle-même la rupture d'un mariage intolérable, et, un jour, quand le temps aura accompli son œuvre, lui accorde à elle aussi le droit de veto contre le divorce

dont elle est l'objet. Mais bien des siècles se sont écoulés jusqu'à l'époque où cette égalité est obtenue entre conjoints.

Montrer dans la confusion apparente des textes et des opinions l'unité de vues et de principes du législateur ; exposer les phases longues et multiples de l'institution du divorce, telles ont été nos préoccupations principales.

Il ne faut donc pas s'attendre à trouver dans ce traité l'examen complet et détaillé de toutes les questions de notre sujet. Nous nous sommes bornés à en dessiner les traits généraux, éclairés et expliqués par quelques exemples.

Des erreurs peut-être se sont glissées dans ce travail, qui, par sa nouveauté et l'étendue considérable des textes à consulter, offrait de nombreuses difficultés ; nous demandons donc l'indulgence de tous ceux qui voudront bien le lire.

Adressons en terminant nos remerciements à ceux qui nous ont éclairé de leurs conseils, à M. Lehmann, directeur du Séminaire israélite de France, M. le rabbin Debré et M. Kohn. Quelques notions sont nécessaires sur la Mischna et le Talmud, les deux monuments les plus considérables de la législation juive et dont nous avons tiré les éléments de notre ouvrage.

LA MISCHNA

La Mischna est le recueil des halachoth, c'est-à-dire des lois écrites, orales et coutumières des juifs à la fin du II^e et au commencement du III^e siècle de l'ère chrétienne.

La principale Mischna ou corps de ces dispositions

légales, est l'œuvre de R. Jehouda Hanassi (le prince) ou tout simplement Rabbi (le maître).

Son mérite est d'avoir compilé, révisé et classé par écrit les lois qui, jusqu'alors, se transmettaient oralement ; il les préserva ainsi de l'oubli qui les menaçait, et des erreurs qui s'y seraient glissées avec le temps. L'Etat juif n'existait plus depuis de longues années ; les dernières espérances de le rétablir s'étaient brisées avec la répression du soulèvement de Bar Cochba, sous Adrien ; les israélites se dispersaient hors de la Palestine ; il fallait au moins sauvegarder les derniers restes et les plus précieux du patrimoine national ; il fallait sauver la loi.

C'est ce que fit R. Jehouda au milieu du III^e siècle de l'ère chrétienne.

On signale encore la Mischna de R. Yochanan ben, Zachaï et celle de Rabbi Aksiba ; mais elles n'égale pas l'œuvre de R. Jehouda Hanassi.

Celle-ci, souvent appelée tout simplement Mischna, eut un succès considérable qui ne baissa qu'au IV^e siècle.

Elle se divise en six ordres qu'on appelle les six divisions (sedarim) de la Mischna.

1^o Zeraïm, semences : lois concernant la culture de la terre ;

2^o Moed, fête : lois relatives à ces époques de l'année ;

3^o Naschim, femmes : lois matrimoniales ;

4^o Nesikin, dommages : lois civiles et criminelles ;

5^o Kodaschim, choses saintes : lois des sacrifices et autres objets saints ;

6^o Toharoth, puretés : lois de la pureté et de la purification.

Chacun de ces ordres se subdivise en traités (massechtoth) ; chaque traité en chapitres (perakim) ; chaque chapitre en articles (mischna).

De ci de là, s'intercalent entre les textes de lois des anecdotes ou des récits servant d'application ou d'explication des principes exposés.

LE TALMUD

Le Talmud, d'une façon générale, embrasse toutes les manifestations de l'esprit juif pendant mille ans, du cinquième siècle avant l'ère chrétienne au cinquième siècle après cette date.

Dans un sens plus étroit, il désigne l'interprétation de la Mischna et de la Bible, c'est-à-dire la jurisprudence et la doctrine qui expliquent la loi.

On distingue le Talmud de Jérusalem et celui de Babylone, qui l'emporte de beaucoup en importance sur le premier.

C'est au ^ve siècle qu'on le rédigea pour la première fois par écrit et d'une façon définitive ; jusque-là, la doctrine et la jurisprudence étaient demeurées orales ; on les préserva ainsi de la destruction que faisaient craindre les persécutions des juifs, notamment sous Sapor II de Babylone.

Le Talmud est l'œuvre principalement de R. Aschi, 375-427 ; y collaborèrent : Marémar, R. Idi ben Abin, R. Nachman, Mar, fils de R. Aschi, Rabbah, Touspha et Rabina, R. Jossé, 471-520, chef de l'école de Poumbeditha, enfin, les Saboraïm, 500-550, notamment Guiza et Simona.

Le Divorce de l'Époque Antérieure à Moïse

Le divorce comme le mariage de l'époque anté-patriarcale sont enveloppés d'un profond mystère. A peine çà et là, la Bible laisse-t-elle percer quelques faibles lueurs éclairant les institutions de ces temps reculés.

L'idée qui, d'après les livres sacrés, avait présidé à l'union conjugale, devait former un obstacle à sa rupture ; en effet, Dieu considère la société des époux comme tellement étroite, qu'ils ne font plus qu'une seule personne. « C'est pourquoi l'homme quitte son père et sa mère, il s'unira à son épouse, et ils seront une seule chair » (1) comme ils l'étaient autrefois avant la création d'Ève, puisqu'elle a été formée du corps de son mari ; leurs noms même se confondront et c'est Ischah que s'appellera désormais la compagne de l'homme nommé Isch (2).

Si cette conception de l'union profonde que crée le mariage avait été répandue chez les ancêtres des Hébreux, on en concluerait à bon droit qu'ils pratiquaient rarement le divorce ; malheureusement, il y a loin des hautes visées sociales du législateur et philosophe des livres sacrés, à la rudesse des mœurs d'un peuple primitif.

Il est raisonnable de supposer que, dans cet âge de la force, où les notions juridiques d'obligation, comme

(1) *Gen.*, II, 24.

(2) *Gen.*, II, 23.

les principes moraux de devoir, n'ont encore reçu aucun développement, le divorce ne devait pas être rare ; le mari usait de son droit incontestable et incontesté de renvoyer celle qui avait cessé de lui plaire, qui était sa servante et peut-être son esclave. Bien des causes contribuaient à ravaler la femme à cette condition inférieure ; il faut notamment citer la polygamie qui régnait sans contestation à cette époque et l'achat en mariage, qui donnait un maître à la jeune fille vendue.

Les textes aussi confirment cette suprématie maritale. Dieu lui dit : « Tu seras sous la puissance de l'homme, et il te dominera » (1).

Si la matière du divorce n'était pas réglementée quant au fond, le mari renvoyant sa femme quand bon lui semblait, la forme de cet acte n'avait pas davantage reçu de consécration légale. Nous voyons dans plusieurs textes de cette époque, employé au sens d'épouser, le mot : il prit (2) ; cela indique bien une prise de possession, sans aucune formalité ; du reste, une des variétés de la conclusion légale du mariage est restée, jusque dans les derniers temps de l'Etat juif, la cohabitation pure et simple, manifestation la plus énergique de cette prise de possession toute physique.

Puisque l'union des deux époux n'exigeait aucun acte juridique proprement dit, pourquoi leur séparation aurait-elle subi plus d'entraves législatives ; peut-être est-ce à l'absence de toute formalité légale, pouvant frapper l'imagination, que nous devons le silence des textes sacrés, relativement au divorce ; le mari abandonnait sa femme comme il renonçait à tout autre bien ; il s'en défaisait en la renvoyant, en lui disant de s'en aller ; l'histoire et surtout le droit qui forment la partie essen-

(1) *Gen.*, III, 16.

(2) *Gen.*, IV, 19, VI, 2.

tielle de la Bible, se désintéressent entièrement de cet acte privé, sans caractère juridique et sans forme sacramentelle.

Avec les patriarches, nous acquérons quelques notions plus précises sur le mariage et le divorce. Ici, nous trouvons la répudiation d'Agar. « Et Abraham se leva de bonne heure le matin et prit du pain et une outre d'eau, les donna à Agar, les mit sur son épaule, ainsi que l'enfant et la renvoya » (1).

C'est, comme autrefois, sur l'autorité maritale que s'appuie le patriarche pour renvoyer une concubine qui a déplu à sa femme légitime.

Nous voyons l'hésitation d'Abraham à abandonner une fidèle servante ; peut-être la garderait-il s'il n'intervenait un ordre divin de céder à la volonté de Sarah ; si donc la répudiation n'allait pas sans difficulté quand il s'agissait d'Agar, esclave égyptienne, combien plus grave devait être la répudiation d'une femme libre et jouissant d'un rang plus élevé dans la famille.

De plus, les droits de la femme divorcée obtiennent un commencement de protection, et Agar répudiée recevra une provision de pain et d'eau (2).

Ne serait-ce pas là un indice de la coutume qui fit donner, plus tard, à l'épouse abandonnée à elle-même, la Ketoubah ou douaire, pour assurer sa subsistance.

L'autorité maritale a conservé, à l'époque où nous sommes arrivés, tous ses droits ; ainsi, le roi d'Egypte est obligé de rendre Sarah à Abraham, quand il apprend qu'elle est son épouse (3) ; il n'impose pas au mari le divorce qui lui eût livré la femme convoitée. Sarah, en

(1) *Gen.*, XXI, 9-14.

(2) *Gen.*, XXI, 14.

(3) *Gen.*, XII, 19.

parlant à son époux, l'appelle encore son maître (1) ; Jacob abandonne à son beau-père le droit de vie et de mort sur les gens de sa maison (2), quand celui-ci recherche ses idoles dérobées ; il possédait donc ce droit, sinon il n'aurait pas pu en faire la cession, et, à plus forte raison, il pouvait répudier des femmes quand bon lui semblait.

Quant aux formalités du divorce, elles n'ont pas varié ; c'est un ordre pur et simple de quitter le domicile conjugal « et il la renvoya » (3).

Vers cette époque, apparaissent bien, pour la conclusion du mariage, certaines cérémonies, comme le repas de noce ; mais celui-ci n'est pas une formalité indispensable, exigée pour la consécration de l'union des époux, c'est toujours la cohabitation qui en marque la conclusion. Nous lisons, en effet, dans la *Genèse* : « Et Laban réunit tous les hommes de l'endroit et fit un festin (4), et le soir il prit Léah, sa fille, l'amena à lui (Jacob), et celui-ci cohabita avec elle. Il fut trompé par les ténèbres et prit Léah pour Rachel. » Si le mariage était devenu irrévocable par les cérémonies accomplies le jour, la fraude de Laban n'aurait pu être commise ; l'union conjugale se dénouait, comme elle s'était nouée, par une simple séparation des conjoints, sans autre formalité.

D'où il suit que la répudiation n'était pas constatée par écrit, sans doute parce que ce moyen de preuve n'existait pas encore ; en effet, même dans certains actes solennels de cette époque, n'apparaît pas encore l'écriture. Jacob concluant une alliance avec Laban, dressa un monument en témoignage de cet événement, pro-

(1) *Gen.*, XVIII, 12.

(2) *Gen.*, XXX, 32.

(3) *Gen.*, XXI, 14.

(4) *Gen.*, XXIX, 22.

nonça quelques formules, peut-être sacramentelles, et tint un repas. « Jacob prit donc une pierre et la dressa en monument, et il dit à ses frères : Apportez des pierres ; ils en rassemblèrent un tertre et mangèrent là sur le monceau » (1). Là s'arrête la cérémonie.

A cette époque, les mœurs progressent peu à peu ; le rôle de la femme se relève, et, par conséquent, la répudiation par le mari devait présenter plus de difficultés qu'autrefois.

Si on maintient l'ancien achat en mariage, l'union conjugale n'offre plus le caractère dégradant qu'elle possédait jadis. La femme n'est plus considérée comme un des biens du mari ; elle n'y est, en effet, plus comprise. Jacob, à l'approche d'Esaü, range ses femmes libres derrière les femmes esclaves (2). Quand Jacob s'enfuit de chez son beau-père, il demande que ses femmes consentent à l'accompagner. Léah et Rachel consentirent à se retirer secrètement avec lui (3). Flavius Josèphe nous montre même un exemple de l'hésitation qu'on éprouve à rompre un mariage (4) ; mais il (Isaac) ne voulut pas se rendre odieux à son fils (Esaü) en lui commandant de se séparer de ses femmes, et prit le parti de se taire (5).

L'union des patriarches reposait sur des fondements si profonds, qu'elle se perpétuait même au delà du tombeau ; côte à côte, les époux défunts dormaient le sommeil éternel. « Et Jacob leur ordonna et dit : Je désire être uni à mon peuple ; enterrez-moi auprès de mes ancê-

(1) *Gen.*, XXXI, 46.

(2) *Gen.*, XXXIII, 2.

(3) *Gen.*, XXXI, 4 et suiv.

(4) Flavius Josèphe, *antiq.*, XVIII, 4.

(5) Flavius Josèphe, descendant des Hasmonéens, né en l'an 38, mourut aux environs de l'an cent. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, notamment : *La Guerre des Juifs*, *Antiquités juives*, *Contre Appion*. Dans cette dernière œuvre surtout, il défendit les croyances juives.

tres, dans la grotte des champs d'Ephron le Chittéen. Là ont été ensevelis Abraham et Sarah sa femme, Isaac et Rebecca sa femme, et moi-même j'y ai mis Léah dans la tombe » (1). N'est-ce pas là aussi un signe de l'égalsation croissante de la condition des conjoints.

En résumé, les textes et les principes généraux permettent de conclure à l'existence de la répudiation, pendant la période patriarcale ; on n'y recourait, toutefois, que dans les cas extrêmes, et avec regret.

Peu importe qu'on ait voulu prouver l'interdiction de cette institution pour l'époque ante-mosaïque ; on a établi la force, le caractère sacré du bien conjugal, mais on n'a jamais démontré son indissolubilité, et aucun texte n'y fait une allusion directe. Bien mieux, traitant des effets de la répudiation, Moïse donnerait à entendre que même la lettre, ou preuve écrite de divorce, est antérieure à la législation qu'il a fondée ; que ce n'est pas lui qui l'a introduite dans la loi.

On peut lire en effet de la façon suivante les versets 1, 2, du chapitre 24 du *Deuter*. Si un homme prend une femme et l'a auprès de lui, et si elle ne trouve pas grâce devant ses yeux à cause de quelque chose de honteux, il lui écrit un libelle de répudiation. On ne devrait pas traduire « il lui écrira un libelle de répudiation ».

(1) *Gen.*, XLIX, 29-31.

Le Divorce, selon la Législation Mosaïque

Jusqu'ici le divorce était régi par la coutume ; le mari exerçant une autorité presque absolue sur sa femme, avait le droit de la renvoyer comme bon lui semblait ; mais en fait, comme il a été démontré, les divorces devaient assez rarement se produire à l'époque patriarcale.

Avec Moïse, nous entrons dans le régime de la réglementation légale. Malheureusement, le droit matrimonial ne se présente, dans la Bible, que par débris ; il n'offre pas le système juridique complet de l'institution du mariage.

Le divorce, tel qu'il y est décrit, n'exige que des formalités fort simples.

Voici d'abord le passage capital de notre sujet. « Si un homme prend une femme et l'a auprès de lui, et si elle ne trouve pas grâce devant ses yeux à cause de quelque chose de honteux, s'il lui écrit un libelle de répudiation, le lui remet dans les mains et la renvoie ; si elle quitte sa maison et devient la femme d'un autre, et si ce dernier la déteste, lui écrit une lettre de divorce, la lui remet entre les mains et la renvoie de sa maison, ou si ce dernier qui l'a prise vient à mourir, alors le mari qui l'a le premier répudiée, ne devra plus la reprendre après qu'elle a été souillée (1).

Nous voyons donc pour la première fois apparaître l'écrit constatant la répudiation, acte qui établira, en cas

(1) *Deut.*, XXIV, 1-4.

de besoin, la cessation d'un premier mariage et la légitimité d'un second qu'elle contracterait.

Le mari, au contraire, se passera fort bien de cette pièce ; il a droit à plusieurs femmes et ne sera jamais tenu d'attester la rupture d'une première union avant d'en contracter une seconde.

Sur quel fondement, Moïse permet-il le divorce ?

Si l'on considère que l'esprit de la Bible, touchant le caractère sacré et la force du bien matrimonial, s'oppose à la répudiation accomplie pour des raisons futiles ; que Moïse accorde fréquemment aux deux époux le même rang et des droits égaux, il n'est pas étonnant qu'il ait regardé le divorce comme un mal nécessaire, et l'ait restreint aux cas extrêmes.

Suivant ces principes, le législateur juif a établi l'obligation d'un écrit de répudiation et celle probable d'un douaire.

Il apporte plusieurs restrictions au droit arbitraire de renvoyer la femme.

Ainsi, un époux ayant injustement accusé celle-ci de n'avoir plus été vierge le jour de son mariage, sera privé à jamais du droit de la répudier (1).

Ainsi encore un autre exemple : « Si un homme, rencontrant une fille vierge non fiancée, la surprend et abuse d'elle, et qu'il soit pris sur le fait, l'homme qui a eu commerce avec elle, donnera au père de la jeune fille cinquante sicles d'argent, et elle deviendra sa femme, parce qu'il l'a violée ; il ne pourra la répudier de sa vie » (2).

Les causes de répudiation aussi doivent être graves. Les mots « *ervas dovor* » (3) du texte, qui servent de fon-

(1) *Deut.*, XXII, 13-19.

(2) *Deut.*, XXII, 28-29.

(3) *Deut.*, XXII, 28-29.

dement au divorce, impliquent en hébreu l'adultère ou au moins une infraction déshonorante.

A travers les livres sacrés, revient constamment le souci de la protection de la veuve et de l'orphelin, et jamais il n'est question de la femme divorcée, elle est oubliée et méprisée. « Une femme prostituée ou déshonorée (les prêtres), ils ne l'épouseront pas ; une femme répudiée par son mari, ils ne l'épouseront pas, car le pontife est consacré à son Dieu (1). Divorce et prostitution se confondent pour ainsi dire dans l'esprit de la Bible. Tous deux sont considérés comme infamants.

Mais le législateur a encore un autre but en interdisant au prêtre de telles unions, il veut laisser ouverte à la femme indigne la porte de la réconciliation et du pardon ; si la coupable se repent de son inconduite, qu'un prêtre ne l'épouse pas, pour qu'elle puisse renouer sa première union dissoute ; reconnaissant suffisant le châtiment de celle qui l'a trahi, ou le tort qu'il a eu de la renvoyer trop à la légère, le mari devra renouer les liens rompus avec elle ; mais elle, de son côté, devra s'abstenir du suivre un autre époux ; sinon la réconciliation par le remariage deviendrait impossible. Étant donné la sainteté et la puissance du lien matrimonial, les droits toujours plus étendus et mieux sanctionnés de la femme, les obstacles que le législateur apporte au divorce, les formalités qu'il lui impose, la déconsidération qui s'attache à l'épouse répudiée et l'obligation au moins morale qu'elle a de renouer l'union rompue, il est logique d'admettre que Moïse tolérât le divorce comme un mal nécessaire parfois, restreint à des cas rares, comme, par exemple, l'adultère non puni de mort ; ce n'est pas là, l'unique exemple où la rupture du lien conjugal soit admise,

(1) *Lévit.*, XXI, 7.

puisque le texte parle de « quelque chose de honteux ».

Plus tard, la corruption des mœurs fit déchoir peu à peu le mariage de son idéal de noblesse et de dévouement réciproque; on ne se croyait plus tenu de garder toute sa vie la compagne de sa jeunesse, les prophètes élevèrent la voix pour stigmatiser la facilité des répudiations, mais ils ne furent point entendus, et, un siècle avant l'ère vulgaire, l'école de Hillel (1) admet le divorce au profit du mari pour quelque cause que ce soit, cette opinion finit par être communément admise (2).

Il ne faudrait pas croire que le mariage seul pouvait être rompu par un acte de répudiation; les fiançailles aussi étaient soumises à cette obligation quand on tenait à les dénouer.

Ces fiançailles, d'une durée de douze mois, unissaient les jeunes gens; tout commerce coupable de la fiancée avec un tiers entraînait la peine de l'adultère, mais en revanche, dès ce jour, la future épouse avait droit au douaire, accordé dans un contrat de mariage. Les chapitres XXII, XXIII et suivants, *Deut.*, mettent la fiancée sur la même ligne que la femme mariée « et qu'un homme la rencontrant dans la ville cohabite avec elle, vous les conduirez tous les deux à la porte de cette même ville, et vous les ferez mourir par lapidation; la jeune fille, par la raison qu'elle n'a pas crié à l'aide, étant en pleine ville, et l'homme, par la raison qu'il a abusé de la femme d'autrui ».

(1) HILLEL. — Il vivait environ de 70 avant l'ère chrétienne à 10 après cette époque.

Il était très pauvre, et se faisait ouvrier pour gagner sa vie.

La douceur et la bonté de son caractère sont devenues proverbiales.

Président du Sanhedrin, la Cour suprême des Juifs. Il introduisit de nombreuses réformes en conformité avec le changement des mœurs et les besoins nouveaux; il abolit la loi éteignant les dettes par la seule arrivée de l'année sabbatique et facilita de la sorte les prêts et les transactions commerciales.

(2) *Mischna Guilt.*, IX, 10.

C'est là le châtement réservé à l'adultère de la femme mariée.

C'est sans doute au même état intermédiaire que fait allusion cet autre passage de la *Bible* : « Si quelqu'un a pris nouvellement femme, il sera dispensé du service militaire, et on ne lui imposera aucune corvée ; il pourra vaquer librement à son intérieur pendant un an et rendre heureuse la femme qu'il aura prise » (1).

Plus tard, Raguel, en s'adressant à Tobie, donne à entendre que le contrat dressé dès le jour des fiançailles, est d'institution ou de consécration mosaïque (2).

Concluons donc que les fiançailles, établies déjà au temps de la sortie d'Égypte, produisaient la plupart des effets du mariage, la cohabitation seule restait interdite entre les futurs mariés ; ainsi naissait le lien conjugal que désormais la répudiation ou la mort seul brisait.

Plusieurs passages des livres sacrés paraissent faire allusion à des mariages d'un degré inférieur à ceux que nous avons examinés jusqu'à présent. Au-dessous du mariage légitime, se plaçait une espèce de concubinat où l'épouse obtenait sans doute la plupart des droits conférés aux femmes légitimes et libres ; à la simplification des formalités de l'acte de mariage, correspondait probablement la simplification de l'acte de répudiation. Il n'est pas téméraire de conclure des versets XXI, 11, et suivants de l'*Exode*, que l'achat de la jeune fille par le mari conférait à celui-ci le droit de concubinat. Puisque l'esclavage enlevait à la personne qui y était soumise la plupart de ses droits, au moins dans les temps primitifs, conçoit-on que le maître, concluât avec celle qui lui appartenait, un véritable mariage supposant, actuellement au moins, égalité de conditions.

(1) *Déut.*, XXIV, 5.

(2) *Tobie*, VII, 15.

Après avoir observé comment le concubinat se formait, nous lisons dans la *Bible* comment il se dénouait.

Où le maître affranchissait la concubine, par un acte en sens inverse de celui de l'achat, ou il intervenait un renvoi pur et simple, sans formalité, sans indemnité, à la charge de la femme libérée, sans écrit constatant la quasi-répudiation ; ce n'est pas en effet une répudiation ordinaire, la *Bible* ne lui applique pas cette dénomination. Elle se contente de dire : « elle sortira » (1). Le renvoi suppose en effet le droit de la femme de rester auprès du mari et un ordre de celui-ci la chassant, tandis que les mots « elle sortira » donnent plutôt l'idée d'une autorisation de quitter un maître auquel la concubine était soumise.

(1) *Exode*, XXI, 11.

Effet du Divorce sur la Personne

Il entraînait cessation de toute obligation entre (entre) les parties divorcées. C'est un libelle de rupture comme l'appelle la *Bible*, tout lien juridique était brisé entre les époux. Plus de vie commune, s'il la renvoie (1), « elle sort de la maison », disent les textes. Nous en avons l'exemple d'Agar : « et il la renvoya (2) ; elle s'en alla et s'égara dans le désert de Beer-Schébah ».

De ce premier principe découlent cessation de la cohabitation, des soins et de l'assistance réciproques, du domicile commun.

Dès ce jour, s'éteignait toute autorité maritale, tout devoir de soumission et de fidélité de la femme.

La *Bible* nous offre un exemple remarquable de ces effets. Les vœux de la femme peuvent être annulés par l'époux pendant le mariage : « Quant aux vœux d'une femme, veuve ou répudiée, tout ce qu'elle s'est imposée sera obligatoire pour elle » (3). Dorénavant elle sera *sui juris*, entièrement indépendante, non seulement de son ancien époux, mais aussi de sa propre famille. Point de tutelle perpétuelle sous laquelle elle devra retomber, le mariage une fois brisé.

Quant aux enfants communs, il est probable qu'ils restaient sous l'autorité et au domicile de leur père jusqu'à leur majorité au moins ; mais le fait de la femme

(1) *Deut.*, XXIV, 1-2.

(2) *Gen.*, XXI, 14.

(3) *Nomb.*, XXX, 10.

voit la plupart de ses droits sacrifiés au profit de celui qui la renvoie justifie cette opinion. L'épouse n'exerce même pas, pendant le mariage, d'autorité sur les enfants, comment ce droit naitrait-il une fois l'union conjugale rompue? Il ne faut pas objecter qu'Agar (1), répudiée, emmène avec elle Ismaël, c'est la volonté de Sarah, et, par conséquent, celle d'Abraham, qui lui accorde ce droit ou plutôt lui impose cette obligation. La rivale jalouse dit à Abraham : « Renvoie cette esclave et son fils, car le fils de cette esclave ne doit pas hériter avec mon fils, avec Isaac » (2).

Avant la législation mosaïque, on ne trouve aucune incapacité résultant de la répudiation; mais à partir de cette époque, apparaissent plusieurs effets défavorables à la femme divorcée. Ainsi l'on voit qu'elle est interdite au prêtre. « Une femme prostituée ou déshonorée, ils (les prêtres) ne l'épouseront pas; une femme répudiée par son mari, ils ne l'épouseront point, car le pontife est consacré à son Dieu (3) »; mais cette incapacité ne s'étendait pas à la fille de la mère renvoyée, qui supporte seule les conséquences de la faute qu'elle a commise.

Une autre incapacité naissait de la répudiation; la femme une première fois divorcée, ne pouvait pas, après une seconde union également dissoute, revenir vers son premier époux (4). On a dit que cette interdiction était fondée sur la nécessité d'empêcher la femme une fois divorcée d'avoir alternativement un mari ou l'autre. On peut expliquer cette disposition autrement. La principale raison de cette prohibition paraît être l'hostilité du

(1) *Gen.*, XXI, 14.

(2) *Gen.*, XXI, 10.

(3) *Lévit.*, XXI, 7.

(4) *Deut.*, XXIV, 1-4.

législateur contre le divorce et son désir de renouer le mariage quand il a été brisé. Il faut avertir l'époux que la répudiation qu'il est sur le point d'accomplir pourrait être irréparable si sa femme concluait une autre union ; qu'il réfléchisse donc avant de se livrer à un acte dont il ne calcule pas à ce moment toute la gravité et toutes les conséquences ; qu'il renonce à la décision prise alors qu'il en est temps encore. Que la femme aussi, s'abstenant de convoler en secondes noces, conserve la faculté de reprendre celui qu'elle a dû quitter.

La première raison donnée paraît peu sérieuse, car si on empêche la femme, par l'interdiction de la loi, de quitter et de reprendre alternativement le même mari, rien ne l'empêchera, si elle manque de moralité, de prendre successivement des époux différents ; le scandale causé n'en existerait pas moins.

Il est probable que la femme avait droit à un douaire en cas de répudiation ; s'il n'existait pas à l'époque mosaïque, comme obligation générale, il était sans doute stipulé au moment de la conclusion du mariage ; c'est pourquoi la *Bible* n'établit pas cette obligation pour le mari, mais elle la reconnaît expressément. On lit, en effet : « Si un homme séduit une vierge non encore fiancée et cohabite avec elle, il devra l'acquérir pour épouse avec l'engagement de la Ketoubah (douaire). Que si son père refuse de les lui accorder, il paiera (pèsera, mot à mot) la somme fixée pour le douaire des vierges (1). Moïse parle donc de cette institution comme d'une chose connue, généralement admise.

D'un chapitre de Ruth, il est permis aussi de déduire la même conclusion. Boaz dit : « Noémi a vendu le champ de notre frère Elimélech ; le jour où tu achètes

(1) *Ex.*, XXII, 16.

le champ de Noémi et de Ruth, tu achètes aussi la femme du défunt ». Or, les femmes n'étant pas héritières de leur mari, Noémi n'a eu le droit de vendre les biens d'Elimélech qu'en qualité de créancière de sa Ketoubah.

Le douaire existait du reste chez d'autres peuples de l'antiquité, notamment chez les Egyptiens, où la femme, dès le jour du mariage, s'assurait contre l'état résultant du divorce. Peut-être cette coutume a-t-elle exercé quelque influence sur le douaire des anciens Hébreux, séjournant de longues années sur les bords du Nil.

La *Bible* mentionne enfin un dernier effet du divorce : « La fille du prêtre, répudiée et sans postérité, a droit de se nourrir aux frais de son père ». Si cette fille de pontife devient veuve ou est divorcée, qu'elle n'ait point de postérité, et qu'elle retourne à la maison de son père, comme en sa jeunesse, elle mangera du pain de son père, mais aucun profane n'en mangera » (1).

Les liens de parenté entre ascendant et descendant sommeillant durant le mariage de la fille, plutôt qu'ils n'étaient entièrement éteints, se réveillent donc ici, dès que cette union conjugale est rompue, sans avoir donné naissance à des enfants. Ces rapports de droits existent entre les membres d'une famille comme nous venons de le dire, même pendant le mariage de l'un d'elle ; car le verset 2, chap. XXI, *Lévit.*, permet au pontife de se profaner pour rendre les honneurs funèbres à sa fille, sans distinguer si elle est mariée ou divorcée, alors que la loi lui refuse cette autorisation à l'égard de tout défunt qui n'est pas proche parent.

Mais si le législateur permet à la femme divorcée d'invoquer contre son père ses droits de fille, il ne lui en impose pas l'obligation ; il ne la force pas à réinté-

(1) *Lévit.*, XXII, 13.

grer le domicile de ses parents et à se soumettre à l'autorité d'un père. Il dit, en effet : « Si cette fille de pontife devient veuve ou est divorcée, si elle n'a point de postérité et « si » elle retourne à la maison de son père, comme en sa jeunesse, elle mangera du pain de son père ». Puisqu'elle n'était pas assujettie au domicile de son père, elle n'était pas tenu dobéir à celui-ci ; où les textes offrent-ils une sanction de l'autorité paternelle ? les textes présentent, au contraire, comme libre la femme après rupture des liens conjugaux. « Quant aux vœux d'une femme, veuve ou répudiée, tout ce qu'elle s'est imposée, sera obligatoire pour elle » (1).

Tels furent les principes posés par la loi de Moïse, tels ils se perpétuèrent au temps des juges et des rois.

Le mari restait toujours maître de renvoyer sa femme quand bon lui semblait, mais, en fait, ce n'est qu'aux derniers siècles de l'Etat juif avec le relâchement des mœurs, l'oubli des saines doctrines du mariage, avec l'invasion de la corruption étrangère, précédant de peu l'invasion armée et la servitude, que nous voyons se multiplier les divorces, dont l'histoire, miroir fidèle de la vie sociale, nous offre des exemples de plus en plus nombreux. Alors s'éleva la voix des prophètes pour flétrir la perversité de leurs contemporains, les menacer des châtimens célestes ; leurs conseils ni leurs remontrances n'eurent d'écho ; l'étranger envahit la Judée, la soumit ; dorénavant elle changea de fortune avec ses maîtres ; mais poussée à bout par les souffrances de la servitude, se souleva une dernière fois pour conquérir sa liberté, et, succombant enfin sous une répression sanglante et impitoyable, disparut à jamais de la scène du monde.

(1) *Nomb.*, XXX, 10.

Mais si son existence politique s'arrêta à cette époque, ses principes survécurent à la destruction de la nationalité juive et formèrent la base d'une nouvelle religion ; et, à travers de nombreuses vicissitudes, ils parvinrent jusqu'à nos temps, identiques au moins dans leurs grandes lignes à ce qu'ils étaient il y a des milliers d'années.

Ainsi en est-il du divorce. Aujourd'hui encore l'évolution de cette institution n'est pas arrivée à son terme ; comme jadis, c'est le mari qui répudie la femme, c'est lui qui fait rédiger l'acte constatant la rupture, la procédure demeure privée ; pas de tribunal pour imposer cette mesure de plein droit ; pas de considération d'ordre public interdisant les dérogations particulières ; et si la femme s'est relevée dans le cours des siècles de l'infériorité de sa situation ; si elle a acquis, elle aussi, droit de répudiation, si le droit de divorce du mari a reçu de nombreuses entraves, afin d'empêcher des ruptures irréfléchies, il n'en est pas moins vrai que l'époux, aujourd'hui comme jadis, reste maître de la situation et de la stabilité de l'union conjugale ; il a conservé le droit de la rompre à son gré, et même, au cas où sa femme se porterait demanderesse en divorce, c'est toujours lui qui devra en faire rédiger l'acte.

La période des juges et des rois offre peu de cas de répudiation ; le mari devait rarement user de ce droit arbitraire, qui suppose l'infériorité considérable de la femme. Or, celle-ci occupait à cette époque une situation bien plus élevée qu'autrefois, soit dans l'État, soit dans la société.

Elle parvient jusqu'au rang de juge en Israël, avec Débora (1). Le magnifique tableau qu'en tracent les *Proverbes*, la montrant dans son intérieur, laborieuse,

(1) *Jug.*, IV, 4. *Prov.*, XXXI, 10-31.

économe, dévouée à son époux dont elle fait le bonheur, compatissante envers les malheureux; le silence significatif de l'histoire relativement à la répudiation; l'absence de toute protestation contre l'abus de ce droit marital; le conseil donné à David de ne répudier aucune de ses femmes; l'amitié touchante de Ruth pour Noémi (1) représentant auprès d'elle la mémoire de son mari qui n'est plus.

Est-ce que ces exemples ne prouvent pas suffisamment que l'union conjugale avait je ne sais quoi de sacré, qu'il n'était pas permis au mari de la rompre arbitrairement et par pur caprice; qu'elle durait si des causes graves n'en entraînaient pas la rupture?

La forme dut consister comme autrefois en un acte écrit, remis par le mari à la femme; si nous le trouvons prescrit jadis par Moïse et plus tard par la Mischna, pourquoi supposer qu'il ait cessé d'exister dans les temps intermédiaires; la Bible n'en signale pas la disparition; la nécessité s'en imposait toujours à la femme pour prouver la rupture d'un premier mariage, afin d'en contracter valablement un second, comme pour réclamer à son mari le paiement de son douaire et de la dot proprement dite. Enfin, nous trouvons un texte de l'époque y faisant allusion. « Ainsi, dit l'Eternel : Où est la lettre de divorce par laquelle j'ai renvoyé votre mère? ou qui est celui de mes créanciers auquel je vous ai vendus? C'est pour vos crimes que vous avez été vendus, et pour vos iniquités que votre mère a été renvoyée. » (2)

D'après le *Zohar*, les guerriers israélites du temps de David, avant de marcher au combat, rédigeaient un acte de divorce conditionnel; au cas où ils succomberaient dans la bataille, l'effet de cet écrit remontait au jour de

(1) *Ruth*, I, 16-17.

(2) *Isaïe* (50) L. 1.

la remise faite à la femme (1); celle-ci était affranchie par conséquent de l'obligation du lévirat, qui soumettait la veuve à la nécessité de prendre le frère de son époux, mort durant le mariage.

Quant aux causes du divorce, au temps des premiers rois d'Israël elles demeurèrent longtemps limitées. Peut-être les *Proverbes* font-ils allusion à la gravité des motifs de la répudiation, quand ils déclarent: «Trois choses font trembler la terre; il y en a même quatre, qu'elle ne peut supporter: L'esclave qui vient à régner, l'homme vil qui vit dans l'abondance, la femme dédaignée qui devient épouse, et la servante qui hérite de sa maîtresse (2). La femme dédaignée, ne serait-ce pas celle que son mari a chassée pour mauvaise conduite, et qu'aucun autre homme ne devrait plus prendre pour épouse. Le *Deutéronome* (3) paraît confirmer l'opinion que le terme *Ousnëoh*, dédaignée, désigne la femme renvoyée. Ce texte fonde précisément la répudiation sur le dédain; il emploie la même expression que Salomon: *Snouoh* (4). Du temps des prophètes, on constate indirectement une recrudescence des cas de répudiation, car ils y font allusion à plusieurs reprises, et dans des termes significatifs; ils se lamentent sur l'abus qu'en font leurs contemporains: «Vous couvrez l'autel du Seigneur de larmes, de pleurs et de sanglots, de sorte qu'il refuse de se tourner encore vers une oblation ou d'en recevoir avec bienveillance de votre part. Vous demandez pourquoi? Parce que l'Eternel est témoin entre toi et la femme de ta jeunesse, que tu as trahie, elle, ta compagne, la femme de ton alliance. Oui, je hais le divorce, dit l'Eternel, Dieu d'Israël » (5).

(1) *Zohar. Exod.*, 107 à T. b. Ketoub. 9 b.

(2) *Prov.*, XXX, 21-23.

(3) *Deut.*, XXIV, 3.

(4) *Prov.*, XXX, 23.

(5) *Malachie*, II, 14-16.

Isaïe fait dire à Dieu qu'il a répudié son peuple. « Et la perfide Juda, sa sœur, voyant que j'avais répudié la rebelle Israël, et que je lui avais donné l'écrit de divorce, Juda, dis-je, cette perfide, n'a point eu de crainte, mais elle s'en est allée, elle m'a quitté, et elle s'est corrompue aussi elle-même. »

Il est à noter que la répudiation se fonde ici sur un motif grave, comme la rébellion; le prophète admet donc la légitimité d'une rupture provoquée par de telles causes.

Le Divorce au temps de la Mischna et du Talmud

Toute limitation du droit de répudiation du mari paraît avoir disparu des mœurs dès cette époque; cet état social, l'École de Hillel vint le consacrer.

La fréquence des attaques des docteurs juifs contre la facilité de la rupture du mariage montre la gravité du péril. R. Elazar (1) réprouve l'abus du divorce: « L'autel verse des larmes à cause de celui qui renvoie la femme de sa jeunesse » (2).

Même opinion de R. Jochanan. Celui qui chasse sa femme est haï de Dieu (3).

Suivant R. Meir (4), avant d'admettre un mari à répudier son épouse, il faudrait lui déconseiller cet acte (5). Raba (6) recommande au mari, qui médite des projets de divorce, ces versets des *Proverbes*: « Ne trame point de mal contre ton prochain, lorsqu'il habite en sécurité près de toi » (7).

(1) R. ELAZAR. — Il vivait au I^{er} siècle de l'ère chrétienne, et fréquentait l'école de R. Yochanan ben Zaccai.

Il eut souvent des relations avec les Juifs convertis au christianisme.

(2) *Talm., babyl. Gilth.*, 20 b.

(3) *Talm. babyl.*

(4) R. MEIR. — Il vécut au II^e siècle de l'ère chrétienne. Ses maîtres étaient R. Akiba et R. Ismaël. Malgré les peines qui le menaçaient, il se fit nommer Docteur ès loi, s'exposant ainsi à la rigueur des décrets de persécution d'Adrien.

Il gagnait péniblement sa vie comme copiste de la Bible, délivra de la prison sa noble femme Berouria, et supporta avec résignation la perte de ses deux fils. Il mourut à Sardes.

(5) *Guill.*, 90 b.

(6) *Talm. b. Guill.*, 90 b.

(7) *Prov.*, III, 29.

Enfin, les mesures que l'on prit pour l'enrayer, notamment les moyens d'assurer à la femme répudiée la restitution ou le paiement du douaire, pour détourner encore à temps l'époux de sa résolution, démontrent la fréquence du divorce, la réprobation qu'il encourait et la nécessité qu'on éprouva de l'entraver.

L'époque de la Mischna offre plusieurs exemples de répudiation. Flavius Josèphe raconte lui-même dans son ouvrage sur sa vie : « Les mœurs de ma femme m'étant devenues insupportables, je la répudiai, quoique j'en eusse trois enfants, dont deux sont morts, et il ne me reste que Hircan. J'en épousai une autre qui est de Crète, Juive de nation, née de parents très nobles, et qui est très vertueuse » (1). Il paraît ressortir de ce passage, que Josèphe n'a renvoyé sa femme qu'à regret, et pour cause d'inconduite, ce que confirment les derniers mots de la seconde phrase (et qui est très vertueuse) ; ils font opposition avec les termes de la première phrase (les mœurs de ma femme m'étant devenues insupportables).

Il importe de faire cette constatation, car quoique l'auteur admette en théorie la légitimité du divorce pour quelque cause que ce soit (2), en fait, il ne ratifie ni surtout n'approuve cette règle.

Hérode aussi, après être monté sur le trône, renvoie sa première femme, nommée Doris, de Jérusalem, pour épouser Marianne, fille d'Alexandre, de la race des Hasmonéens (3). De même, Archélaüs, l'éthnarque, répudia Marianne, pour prendre Glaphyra, veuve d'Alexandre, fils du roi Hérode (4).

On pourrait objecter que ni Hérode ni Archélaüs ne

(1) Josèphe, *Vie*, LXXV.

(2) Josèphe, *Antiq.*, l. IV, ch. VIII.

(3) Josèphe, *Guerre des Juifs*, l. I, ch. XVII.

(4) Josèphe, *Guerre des Juifs*, l. II, ch. XII.

suivaient la religion juive, à laquelle ils échappaient par leur naissance ; mais plusieurs passages de l'histoire de Flavius Josèphe nous les montrent pratiquant la législation du pays qu'ils gouvernaient, et se conformant, par conséquent, aux principes juifs du divorce (1).

A cette époque, se place une révolution juridique capitale pour l'histoire ultérieure du divorce.

Jusqu'ici, le droit de répudiation avait toujours été refusé à la femme. Dès maintenant, apparaît pour celle-ci la faculté de rompre l'union devenue insupportable. C'est un pas de plus fait vers l'égalité de condition des époux.

Ce sont d'abord des femmes d'origine étrangère qui invoquent et pratiquent ce droit de répudiation, au scandale de leurs contemporains, et au mépris des antiques traditions ; mais, peu à peu, les préjugés s'évanouissent, et ce qui n'était qu'une dérogation aux lois existantes, devient loi lui-même. Les docteurs de la Mischna et du Talmud consacreront eux aussi le droit de la femme de se soustraire dorénavant au joug d'un maître qui lui est devenu odieux ; le judaïsme, poursuivant son évolution donnera, quoique à regret, aux deux conjoints, le droit de rompre une association, source de souffrances, et, parfois, de scandales. Influence des civilisations étrangères, par exemple, lois du mariage romain, développement des germes d'égalité contenus dans les mœurs et traditions juives, inégalité trop choquante entre le droit devenu illimité de répudiation du mari et l'assujettissement indéfini de la femme à la tyrannie maritale, toutes ces causes amenèrent la révolution que nous venons de constater dans les principes du divorce.

(1) Schurer, *Histoire du peuple juif au siècle de J.-C.*

L'histoire nous en offre l'exemple d'Hérodiad, quittant d'elle-même son époux (1). Mais un autre cas semblable, souvent cité, est celui de Salomé (2), sœur d'Hérode, divorçant d'avec Costobarus, gouverneur de l'Idumée. Josèphe réprouve cet acte de rupture ; il l'explique en disant que ni Salomé ni Hérodiad n'étaient entièrement juives ; que ce n'était pas la loi de leur pays qu'elles suivaient, en divorçant, mais celle de leur propre volonté.

(1) *Selden uxoris hebraica*, p. 437.

(2) *Selden uxoris hebraica*, p. 437.

Jurisprudence des écoles de Hillel et de Schammaï ⁽¹⁾

Ces deux écoles florissantes au premier siècle avant l'ère chrétienne eurent, sur les causes du divorce, des opinions bien tranchées; toutes les deux fondaient leur doctrine sur un texte du *Deutéronome*, qu'il est nécessaire, pour l'intelligence de la question, de reproduire à cette place : « Quand un homme a épousé une femme et l'a auprès de lui, et que celle-ci vienne à lui déplaire, parce qu'il a aperçu en elle quelque chose de honteux; s'il lui écrit une formule de divorce et l'ayant mise entre ses mains, la renvoie hors de sa maison. Si, sortie de sa maison, elle va épouser un autre homme, et que ce second mari, la prenant aussi en aversion, lui écrive aussi une formule de divorce, la mette entre ses mains et la renvoie de chez lui, ou que ce dernier, après l'avoir épousée, vienne à mourir, son premier mari, qui l'a répudiée, ne pourra la reprendre après qu'elle s'est laissé souiller; ce serait une abomination devant l'Eternel, et tu ne dois point pervertir le pays que l'Eternel, ton Dieu, te donne en héritage » (2).

L'école de Schammaï qui suivait d'une manière générale une interprétation stricte des textes, n'admettait, comme fondement du divorce, qu'une action honteuse (3). En cela, elle se conformait à la règle traditionnelle. L'école de Hillel, permettait au mari de renvoyer la femme qui avait accompli envers lui un acte désagréa-

(1) Schammaï vivait sous Hérode et fut vice-président du Sanhédrin. Il fonda une école portant son nom, et qui faisait opposition à celle de Hillel, plus indulgente dans sa doctrine juridique.

(2) *Deut.* XXIV, 1-4.

(3) *Misch. Guitt.*, IX, 10.

ble ; elle avait mal soigné, par exemple, ses aliments (1) ; cette dernière opinion prévalut, et environ un siècle plus tard, R. Akiba se l'appropriâ et l'étendit encore davantage ; il permettait le divorce par cela seul que la femme avait cessé de plaire à son mari ; cela revient à dire, sans motif aucun (2).

Les deux écoles traduisent le verset du *Deutéronome* de la façon suivante : « Et que celle-ci vienne à lui déplaire, parce qu'il a aperçu en elle quelque chose de honteux », tandis que R. Akiba traduit « *ou* celle-ci vient à lui déplaire, *ou* il ait aperçu en elle quelque chose de honteux, par conséquent, il accorde le divorce pour tout motif. »

Au fond, la divergence d'opinion des deux écoles ne provient pas d'une erreur d'interprétation des textes ; mais les disciples de Schammaï tenaient pour la limitation traditionnelle des causes de répudiation, alors que les disciples de Hillel cédaient au courant des mœurs de leur temps et admettaient le renvoi de la femme avec une extrême facilité.

Cette licence accordée au mari devait dégénérer en abus ; les ruptures de mariage se multipliaient, et le législateur se vit contraint de prendre des mesures pour enrayer le mal (3). Il garantit et sanctionna d'une façon de plus en plus énergique les reprises et les créances de la femme répudiée, ce qui obligeait le mari à songer aux conséquences fâcheuses de la rupture, qu'il se disposait à consommer. Bien souvent, la crainte de compromettre sa situation pécuniaire dut modifier sa décision. Le législateur interdit aussi la répudiation dans certains cas.

Il multiplia les formalités de la procédure du divorce.

(1) *Misch. Guitt.*, IX, 10.

(2) *Misch. Guitt.*, IX, 10.

(3) *The jew law of. div.*, p. 41, A. Werner.

Causes de répudiation définitivement admises par la Mischna et le Talmud

La loi juive, en énumérant certaines causes de répudiation, fondées sur des motifs sociaux, religieux ou d'intérêt privé, offrant tous une certaine gravité, donne à entendre que le divorce ne saurait être admis à la légère, par suite d'un caprice passager. Elle ne rompt pas franchement avec la doctrine de Hillel; elle ne la confirme pas non plus; mais, en allant au fond des choses, elle prend des mesures restrictives contre la liberté absolue de répudiation laissée au mari; elle s'accorde avec la Bible; elle adopte certaines restrictions que celle-ci avait déjà posées; elle les complète et les étend, mais le jour n'est pas encore venu de rompre en visière avec l'ancien principe de l'omnipotence maritale, de lui interdire le droit de chasser sa femme quand bon lui semble.

Le caractère religieux que prit peu à peu le mariage, devait entraver chez le mari le pouvoir absolu de dissolution d'une union à laquelle Dieu lui-même s'intéressait et qui avait été conclue sous son invocation.

* Nous verrons apparaître les cérémonies nuptiales, placées sous la bénédiction de Dieu; longtemps le mariage s'était fait sans aucune solennité religieuse, sans intervention du prêtre. Dorénavant aussi, le caractère divin éclatera dans la formule qui prononce l'union des deux époux. « Sois mon épouse selon la loi de Moïse et d'Israël ».

L'intérêt social du mariage contribue aussi à entraver le droit de répudiation du mari ; il se manifeste, par exemple, dans les recommandations nombreuses de fonder une famille que donnent les docteurs de la Mischna et du Talmud. Pour Philon, l'union conjugale n'a encore pour but unique que la procréation d'enfants (1). La Mischna ne dispensera le célibataire du mariage que s'il a déjà des enfants, tandis que le Talmud l'obligera, même en ce cas, à prendre femme, Ben Sirah s'écriera : « Si le mari ne répudie pas la femme devenue pour lui une source de misère, il fait une bonne action qui lui vaudra de ne pas être traduit devant le tribunal de Dieu (2) ».

Le relèvement de la condition de l'épouse par la disparition progressive de la polygamie, la reconnaissance et la consécration de ses droits qui s'affirmera, par l'octroi en sa faveur de la faculté de répudiation, l'exemple de l'interdiction relative du divorce qu'imposait le christianisme, toutes ces influences convergèrent et aboutirent, au douzième siècle, à la prohibition du droit de répudiation par le mari sans le consentement de la femme.

Il serait impossible de citer toutes les causes de divorce admises en faveur du mari. De quelques exemples donnés il résulte que la répudiation devait s'appuyer sur des raisons sérieuses tirées de la religion, de l'intérêt de la société ou de celui du mari. Ainsi le mari peut renvoyer la femme quand elle n'a pas prélevé sur le pain l'oblation prescrite (3) ; quand elle a négligé d'accomplir les vœux qu'elle a faits (4), une cause de divorce commune aux deux époux résultait du change-

(1) DE RITTER, Philon et la halachah.

(2) *Selden uzo hebraïc*, p. 163, , 1616. *Ben Sirah Sent.*, 3.

(3) *Mischnah Ketoub*, VII, 6.

(4) *Ibidem*.

ment de domicile. Le mari voulant quitter un pays étranger pour aller habiter la Palestine ou voulant transférer sa résidence d'une province de Palestine à Jérusalem, alors que sa femme s'y opposait, il avait un droit légitime à répudiation (1). Car le séjour du pays qui avait été le berceau de la religion juive était considéré comme un bonheur. « Il vaut mieux, dit un Talmudiste, habiter en Palestine, une ville peuplée en majorité de payens, que de séjourner dans un pays étranger où la majorité des habitants sont juifs. Cette prédilection de la loi pour la Terre Sainte est toutefois tombée en désuétude de bonne heure.

La cohabitation est obligatoire pour la femme ; le refus de ce devoir entraîne pour elle des conséquences fort graves s'il est fondé sur la répugnance qu'elle éprouve contre son mari ; elle sera répudiée ; elle perdra tous les dons que lui avait faits son époux et même sa dot, ce qui paraît fort peu juridique ; car ces derniers biens, apportés par la femme, lui appartiennent sans aucune condition résolutoire même tacite ; alors comment son mari peut-il se les approprier ; c'est sans doute à titre de peine que cette dot lui est attribuée (2).

Si la femme refuse par esprit de rébellion, la cohabitation à son mari, le tribunal interviendra, la menacera de la dépouiller de tous ses droits contre son époux ; puis on lui donnera douze mois pour revenir à de meilleurs sentiments, délai pendant lequel son époux n'est pas tenu de la nourrir quoique le mariage subsiste encore, ce qui est contraire aux principes. On peut se demander pourquoi on accorde à l'épouse rebelle un délai de douze mois pour accomplir le devoir conjugal.

(1) *Talm. babyl. Ketoub.*, 110 b.

(2) *Misch. Ketoub.*, VII, et *T. b., Ketoub.*, 71 a.

Il arrivait fréquemment que par caprice ou par esprit d'insoumission, les femmes refusassent de remplir cette obligation; aussitôt le mari les répudiait; puis elles regrettaient leur acte, qui, bien souvent avait eu des conséquences irréparables; car depuis le divorce, elles avaient pu conclure une nouvelle union.

On peut citer encore d'autres cas de répudiation. Supposons que la femme ait fait un vœu de ne rien emprunter ni prêter à ses voisines, de ne pas soigner les vêtements de ses enfants (1).

Elle a commis un adultère non puni de mort, parce qu'il n'y a pas flagrant délit appuyé de l'attestation de deux témoins. Si ces deux conditions n'étaient pas remplies, le mari pouvait traduire sa femme soupçonnée d'infidélité devant un tribunal où on la soumettait à l'épreuve des eaux amères; de cette procédure devait jaillir un aveu du crime commis. Cette épreuve pourtant pouvait être évitée: le mari n'avait qu'à se contenter de répudier sa femme en la dépouillant de son douaire; l'inculpée aussi y échappait, en ne s'y prêtant pas ou en avouant sa faute; elle subissait alors le divorce et la perte de son douaire (2).

Un cas remarquable de rupture de l'union conjugale au profit du mari, c'est la maladie prolongée de la femme; celle-ci quoique nullement coupable des charges qu'elle fait subir à son époux, encourt néanmoins le renvoi (3); c'est bien une application logique des principes posés par le bon Hillel, mais qu'il eût peut-être hésité à appliquer. Mais ici nous voyons les docteurs protester contre les conséquences, en ce cas particulièrement odieuses, des principes du divorce. Ils n'osèrent pas abolir l'absolutisme

(1) *Talm. Keloub.*, 72.

(2) *Misch. Sotah.*, IV.

(3) *T. b.*, *Keloub.*, 52 b.

du droit marital ; ils se contentèrent de blâmer ceux qui faisaient usage de prérogatives conformes à la lettre de la loi, mais contraires à son esprit. R. Gerson de Worms (1) mettra un terme à de tels scandales en prohibant la répudiation du mari sans le consentement de la femme.

Mais en attendant nous voyons s'accumuler les obstacles contre le droit absolu de divorce de l'époux.

La *Mischna* et le *Talmud* commencent par maintenir les interdictions bibliques de répudiation.

Au cas de viol d'une jeune fille, le coupable est obligé de payer au père de la victime une amende de cinquante sicles d'argent, des dommages-intérêts, et d'épouser la victime avec interdiction de jamais la répudier ; mais ce mariage n'est imposé qu'au criminel seul ; le père et la jeune fille outragée sont libres de repousser cette union, ce qui arrivait sans doute le plus souvent. Si néanmoins la victime consent à épouser le coupable, soit que sa mauvaise conduite ne lui répugne pas, soit qu'elle le considère d'ailleurs comme un honnête homme, jouet un instant de ses passions trop violentes, elle lui devra fidélité ; si elle manque à ce devoir, son mariage cesse d'être réfractaire à la répudiation. On déduit cette règle par analogie du cas où un mari accuse faussement sa femme d'adultère pendant les fiançailles. D'après la *Bible*, l'accusateur ne pourra jamais renvoyer celle qu'il a calomniée ; mais Josèphe ajoute : « à moins qu'il n'ait contre elle des raisons graves et indiscutables » (2). Ce dernier cas forme la seconde restriction du pouvoir marital prévue par Moïse.

Mais la *Mischna* et le *Talmud* ont étendu encore ces limitations.

(1) R. Gerson de Worms naquit en France vers 960 et mourut en 1028. Il fonda une école à Mayence et répandit l'étude de la loi parmi les Juifs. Outre ses réformes concernant le divorce, il interdit la polygamie.

(2) JOSÈPHE. *Antiq.*, l. IV, ch. 8.

Une femme a été faite prisonnière de guerre; cela arrivait fréquemment jadis, c'est un devoir pour son mari de la délivrer; si on lui avait permis de divorcer d'avec elle, bien souvent il n'eût pas reculé devant une pareille trahison, et se serait contenté à la suite de se chercher une autre compagne. Eh bien, les docteurs ont prévu ces mauvais penchants et lui interdisent la répudiation quand même il se déclarerait disposé à payer à sa conjointe captive, le douaire pour racheter sa liberté. Cette obligation de délivrance ne lui incombe qu'une seule fois; une seconde captivité de sa femme ne lui en fait pas un nouveau devoir.

Ce droit de la femme s'applique même à l'encontre du prêtre, qui est tenu avant tout d'obtenir la libération de son épouse; mais ce résultat une fois obtenu, il n'a pas le droit de demeurer dans une telle union peut-être souillée; car la femme, durant sa captivité, aura pu appartenir à un autre mari ou aura subi des outrages qui rejailliraient sur la fonction sacerdotale.

Une mineure ne peut-être répudiée si elle n'est pas en état de veiller sur elle-même; son mari sera autorisé à la renvoyer (1).

Le sourd-muet, devenu tel en mariage, n'a pas non plus le droit de divorce, parce qu'il ne saurait, à cet effet, remplir les formalités de la loi (2); mais, si ces défauts ont existé au moment du mariage, la répudiation se fera par signes, comme a été conclue l'union; c'est un principe que la femme peut sortir de la maison, de la même manière qu'elle y est entrée (3).

Le sourd qui parle et le muet qui entend sont pleinement capables.

(1) *Misch. Ketoub.*, IV.

(2) *Misch. Yeb.*, XIV, 1.

(3) *Misch. Yeb.*, XIV, 1.

Une autre mesure restrictive de l'absolutisme marital, c'est la liberté dont il doit jouir au moment de l'accomplissement de la répudiation.

L'acte doit être librement ordonné.

Voici quelques conséquences de ce principe : Si le mari s'est engagé, par serment, à la rupture du lien conjugal, l'exécution de cette obligation sera nulle (1). On ne saurait pourtant prétendre que le mari n'est pas libre, puisque le serment a été prêté en pleine indépendance ; néanmoins, la liberté de la volonté de divorcer est exigée même au moment où elle s'accomplit. On peut signaler une atténuation à la rigueur de cette règle au cas où l'on s'est obligé, sous clause pénale, à répudier sa femme ; car, alors, on n'aurait qu'à se résigner à la perte de l'objet ou de la valeur promise, pour échapper à la nécessité de renvoyer sa femme ; donc, on ne saurait nier que la liberté de l'époux existe au moins dans une certaine mesure. De même, est valable la répudiation arrachée au mari, qui y est obligé par la loi (2) ; ce cas peut se présenter à propos d'une accusation d'adultère dirigée contre la femme ; si son époux lui a fait défense, devant témoins, d'entretenir un commerce secret avec un tiers, et qu'elle n'en tienne pas compte, le mari trahi devra donner l'acte de répudiation à la coupable (3).

L'on comprend que la répudiation, entachée de violence, ne soit pas inexistante ; le mari l'a consentie, quoique sous la menace de la force, mais enfin il l'a accordée, puisqu'il pouvait s'y refuser en s'exposant à certaines peines.

Par conséquent, le vice ne produira effet que le jour

(1) Maimonide expliq. par le Rab. franç.

(2) *Misch. Guill.*, IX, 3.

(3) *Misch. Rabe Sotah*, 180, 3-4.

où il aura été fortifié et affirmé par une protestation de la part de la victime de la violence (1).

Mais, ce qui paraît singulier, c'est que ce vice disparaît après la seule rétractation du mari et avec effet rétroactif au jour où il s'est produit ; et que deviendront les droits nés contre ou au profit des tiers ou de la femme dans l'intervalle du divorce et de la rétractation de la protestation (2).

Un ensemble de formalités mettent aussi obstacle au pouvoir absolu de divorce du mari ; nous les examinerons plus loin.

En attendant, on trouve encore de nombreuses restrictions.

Un païen ne doit pas apporter à la femme le guet ou écrit de divorce.

Celui-ci se trouve annulé (3) quand les époux s'isolent ensemble, après qu'il a été rédigé (4).

Si deux témoins attestent la fausseté du guet, il n'y a pas rupture du lien conjugal (5). Pas de répudiation, si le mari apporte l'écrit à la femme pendant son sommeil (6).

L'obligation de payer le douaire à la femme injustement répudiée, était aussi un obstacle à la toute puissance de la répudiation maritale.

Toutes ces mesures n'ont certainement pas été prises uniquement pour entraver le divorce imposé arbitrairement par l'époux ; elles s'inspirent aussi des principes généraux du droit, notamment de celui du libre consentement à la conclusion des contrats et à leur dissolution.

(1) *T. b. Erach*, 21 b.

(2) *Main Guerosch*, VI, 19-20.

(3) *Misch. Guitt.*, II, 5.

(4) *Misch. Edouioth*, IV, 7.

(5) *T. b. Guitt.*, 9.

(6) *Misch. Guitt.*, VIII, 2. *T. b. Guitt.*, 78 b.

comme, par exemple, la nullité de l'acte entaché de violence ; elles ont aussi pour but la nécessité de protéger la femme divorcée et de sauvegarder ses droits, par la garantie de son douaire et de ses autres reprises.

Mais, au fond, ces dispositions qui naquirent peu à peu des nécessités pratiques et de la conception toujours plus claire qu'on se fait des rapports juridiques entre conjoints, ne constituèrent pas moins des mesures de réaction contre la toute puissance de la répudiation maritale.

Enfin, au XII^e siècle, ces restrictions parviennent à leur point culminant, d'où le principe posé par R. Gerson ben Jehouda : « Pour assimiler le droit de la femme à celui du mari, il est ordonné que comme le mari doit consentir à renvoyer sa femme, celle-ci doit également y donner son assentiment (1).

(1) *Repon. d'Ascheri*, 42, 1.

Causes de répudiation au profit de la femme

L'origine de ce droit est indiquée dans la Bible, a-t-on dit (1) ; mais, cela paraît peu conforme au principe que celle-ci pose de la toute puissance maritale en matière de répudiation et à la répugnance qu'elle éprouve pour le divorce. Certains passages qu'on a cités, pour prouver le fondement biblique de ce droit de la femme, manquent de précision ; il est impossible d'en tirer une conclusion certaine. Ainsi, un chapitre des livres sacrés autorise la fille de quitter libre un maître auquel elle a été vendue en vue du concubinat ; il suffit que l'acheteur ni son fils ne l'ait prise pour femme, ni ne l'ait affranchie. D'abord, il ne s'agit pas d'un divorce proprement dit, puisqu'il n'y a pas eu mariage ; il s'agit, en effet, d'une acquisition à titre d'esclave ; la Bible suppose elle-même que la conclusion de l'union conjugale n'a pas eu lieu ; enfin, il ressort du texte qu'il s'agit d'une vente de fille sous une des trois alternatives que nous venons d'exposer ; si le bien qui rattache l'esclave à son maître se rompt, c'est simplement par l'effet de la non réalisation des conditions posées lors de la vente ; donc, pas de répudiation en notre hypothèse.

La Mechilta (2) rattache à tort ce droit à une ancienne coutume, et prétend que la femme esclave en jouissait déjà ; mais, elle ne paraît pas se douter qu'il ne peut être question, en faveur d'une concubine en état de ser-

(1) *The jew. law of div.* A. Werner.

(2) *Mischp.* Sect. 3.

vitute, d'un droit de répudiation, qui n'existe qu'au profit des personnes libres ; pour une esclave, il ne peut s'agir que d'affranchissement, si le maître n'exécute pas envers elle les devoirs que la loi lui impose. En tout cas, si ce droit de répudiation de l'épouse existait, la Bible ne nous en fournit pas le moindre renseignement. Peut-être le refus du mari d'accomplir envers elle certaines obligations équivalait à une répudiation tacite ; peut-être aussi l'obligeait-on, sous peine de sanctions pécuniaires ou corporelles, à les remplir.

La restriction du droit de divorce du mari, l'introduction en Palestine de la civilisation romaine, qui déjà donnait à la femme le droit de rompre avec son conjoint, devaient faire prévaloir chez les Juifs le droit de la femme de briser elle-même l'union conjugale. Or, ces réformes n'apparaissent que tardivement dans les lois juives, aux derniers temps de la Mischna et durant l'époque talmudique ; nous pouvons en conclure que l'attribution du droit de divorce à la femme date d'une période bien postérieure à la Bible.

Philon paraît bien donner à notre réforme une origine ancienne, mais Josèphe le contredit (1), puisqu'il considère le divorce, imposé par Salomé comme un scandale ; or, l'application d'une tradition antique ne choque pas les esprits.

Les causes de répudiation admises peu à peu par la jurisprudence en faveur de la femme sont nombreuses et paraissent limitatives ; car, en principe, l'épouse ne peut réclamer le divorce ; ce n'est que par dérogation et par exception qu'elle obtient cette faculté ; mais les exceptions admises sont très larges.

Elles ne durent s'introduire que lentement dans la

(1) *Seld.*, p. 437, n° 1. Josèphe, *Antiq.*, 187.

législation, sous la pression des nécessités du moment, et on n'admettait, sans doute, au début, que celles présentant un certain caractère de gravité.

Une des principales classes de causes de divorce se rapporte à la nécessité de maintenir la paix intérieure du ménage et son fonctionnement normal. Ainsi, le refus d'entretien de la femme, lui donne le droit de réclamer la répudiation (1); on avait d'abord songé à forcer le mari à fournir les aliments que le devoir conjugal lui imposait, mais devant les difficultés d'exécution qu'eût rencontré un jugement rendu à cet effet, on finit par accorder à la plaignante le droit de réclamer la rupture de l'union conjugale.

Même si le mari est trop pauvre pour entretenir convenablement sa femme, il peut être tenu de rompre le mariage (2); il doit à son épouse des vêtements d'été et d'hiver, le mobilier et d'autres objets nécessaires au ménage, un logement assez confortable.

Il ne peut pas valablement faire vœu de suspendre plus de trente jours l'obligation d'entretien de sa conjointe (3), s'il se contente même de lui refuser tel ou tel genre de nourriture, il encourt la répudiation. On aime mieux permettre de rompre un mariage qu'un serment ou un vœu, dans lequel, au moins moralement, on a pris Dieu à témoin.

Même sanction quand, en dépit des remontrances du Tribunal, il bat sa femme ou la force, par ses violences, à quitter le domicile conjugal (4). Mais un fait remarquable, c'est que, en cas de contestation, la plaignante, prétendant contrairement aux assertions du défendeur,

(1) *T. b. Ketoub*, 65 a.

(2) *Misch. Ket.*, V, 8. *Mainonide Isch.*, XII, 10.

(3) *Misch. Ketoub*, VII, 1.

(4) *Ketoub*, 71 a. et 77 a.

qu'elle ne l'a pas provoqué, sera crue en ses affirmations.

Quand un homme prend une seconde femme, la première, dont il avait négligé de demander le consentement, est en droit d'exiger le guet (1). Ici l'on voit une atteinte portée à la polygamie, qui, elle aussi, sera abolie au XII^e siècle; ce sera aussi R. Gerson ben Jehouda, président du synode de Mayence, qui accomplira cette réforme.

On alla même jusqu'à permettre le divorce contre celui qui ne plaît pas à son épouse. La demande doit être fondée sur des intentions honnêtes; il doit s'être écoulé un délai de douze mois, sans que la femme ait consenti à la cohabitation (2).

Ce cas a été longtemps discuté par les Rabbins, soutenu par Maimonide (3), combattu par les Tossephoth, Ascheri, Salomon ben Adereth; les adversaires du droit de répudiation craignaient et soupçonnaient chez la femme l'infidélité et le dessein d'obtenir sa liberté pour changer de mari selon les caprices de son cœur.

L'épouse était investie du droit de divorce, quand l'ordre et le bien publics y avaient intérêt. Une de ces causes, c'est le devoir d'avoir des enfants. Il y aura donc lieu à rupture du lien conjugal, si l'impuissance du mari est prouvée par dix ans de stérilité du mariage (4); au cas où cette impuissance devient évidente avant l'expiration de ce délai, la demande de la femme sera accueillie avant l'arrivée du terme décennal; mais, on

(1) *Talm. babyl. Yebam*, 65.

(2) *Talm. babyl. Ketoub*, 63.

(3) MAIMONIDE. — Il s'appelait, en réalité, Moïse ben Maïmon, on le désigne aussi sous le nom de Rambam.

Il était né en 1135 et mourut en 1204.

C'est lui le premier qui classa et mit en ordre les dispositions du Talmud, où, jusqu'à lui, régnait la confusion; c'est dans son commentaire sur la Mischna qu'il accomplit ce travail.

Sa principale œuvre s'appelle, en hébreu, *More Nebouchin* (Guide des égarés). Il y rapproche la philosophie et la religion.

(4) *T. b. Yebamoth*, 65 a. et b.

ne fait entrer dans cet espace de temps, que les années passées ensemble par les époux ; cette période ne court, en cas de naissance avant terme d'un enfant non viable, que du jour de l'accouchement ; on aurait dû dire du jour de la conception. De même, le divorce peut être imposé à l'homme à qui une maladie incurable interdit pendant plus de six mois la cohabitation (1) ; il sera obligatoire pour le lépreux (2), et, fait remarquable, même contre le gré de sa femme, à moins que les époux ne puissent avoir de rapports ensemble.

La débauche, les relations adultères, après disparition de la polygamie, la folie intermittente, l'apostasie entraînaient aussi rupture du mariage (3).

Avant d'en finir avec les causes de répudiation, il faut dire quelques mots de l'annulation du mariage ; la loi juive paraît avoir confondu les deux causes qui brisent l'union conjugal ; toutes les deux entraînent le divorce, c'est-à-dire nécessitent un écrit émanant du mari, en vue du renvoi de la femme ; or, si le motif de la répudiation naît ultérieurement à la conclusion du mariage, la nullité de celui-ci existe virtuellement depuis le jour où il a été contracté comme cela arrive à propos de l'union d'un israélite avec une parente au degré prohibé par la loi rabbinique ou avec une payenne.

En vertu du principe qui range les affaires matrimoniales dans le domaine des affaires privées, c'est toujours le mari et non un tribunal public qui devra prononcer la rupture du mariage pour cause de nullité.

Voilà les principales causes de répudiation au profit de la femme ; elles se multiplièrent de plus en plus, mais jamais leur terrain d'application ne devint illimité, au

(1) Maim. Gerousch, II, d'après la Bible.

(2) Misch. Ketoub, VII, 9.

(3) Lehmann, cours de Talm.

point que la femme put divorcer quand bon lui semblait.

De même, jamais on l'a admise, de par son autorité personnelle, à rédiger ou à faire rédiger elle-même le guet ; c'est toujours à son mari qu'incombe ce rôle, qui lui donne la faculté de paralyser indéfiniment l'action en divorce dirigée contre lui ; jamais le tribunal ne prononcera *de plano* la rupture à la demande de la femme. On a bien appliqué au mari récalcitrant des mesures de coercition indirectes pour obtenir son assentiment à l'acte à accomplir, on le punissait d'anathème, de flagellation, ou même plus tard, suivant les pays, d'autres mesures, notamment la prison. Bien souvent, il se faisait un malin plaisir de garder sous son joug une femme qu'il avait poussée à demander le divorce pour mauvais traitements.

Aujourd'hui encore, aucune réforme n'est intervenue pour remédier à ce mal. Peut-être pourrait-on faire sortir de cette impasse la femme, dont le mari, par mauvaise volonté, paralyse la demande ; il suffirait qu'au moment de la célébration du mariage religieux, on lui fit signer un acte par lequel il s'engagerait à délivrer le guet à sa femme, si un jour elle le lui réclamait pour de justes motifs. Peu à peu cette convention deviendrait coutume, qui, elle, plus tard, deviendrait loi. Ce serait une imitation de la voie par laquelle d'autres législations ont réalisé des réformes juridiques sans heurter de front des principes séculaires.

Formalités du Divorce

C'est le mari qui donne l'ordre de rédiger l'acte de divorce ou guet ; la femme n'a jamais ce droit ; elle reste perpétuellement dans les liens du mariage, au moins jusqu'à la mort de son époux, si celui-ci ne consent pas à faire dresser l'acte qui doit le séparer d'elle. Une seule exception, qui n'offre toutefois pas une identité absolue avec le divorce, peut être relevée : celle du refus ou désistement de la jeune fille mariée, en état de minorité ; nous examinerons cette hypothèse à la fin du présent traité.

C'est donc le mari qui donne l'ordre de dresser l'acte de répudiation, ce qui est conforme au principe admis de tout temps que lui seul est investi du droit de renvoyer sa femme ; si, comme nous l'avons démontré, ce privilège a subi de nombreuses restrictions dans le cours des temps, il n'a jamais été aboli ; or, il présentait pour la femme des inconvénients très graves. Supposons que le mari soit en état d'absence, au sens que nous donnons à ce terme en droit français. Jamais la loi juive n'établira un délai à l'expiration duquel il sera considéré comme mort et où son épouse obtiendra la qualité de veuve avec faculté de se remarier. Le même inconvénient se présentait pour le lévirat. Nous verrons que la veuve sans enfant devait prendre le frère survivant de l'époux mort en mariage ; or elle avait peut-être des raisons de ne pas conclure cette union ; mais elle y était tenue, à moins que son beau-frère ne la déliât de son obliga-

tion par une cérémonie appelée halitzah ou déchaussement.

C'est pour prévenir cet inconvénient qu'on avait coutume, avant d'entreprendre un long et périlleux voyage, de rédiger un guet sous la condition suspensive de la mort du mari; si celui-ci venait à mourir en cours de route, le divorce se produisait de plein droit. Si nous en croyons le Zohar, un usage semblable existait déjà du temps du roi David; les soldats mariés, avant de marcher au combat, rédigeaient un acte de répudiation qui devenait efficace le jour où leur auteur succombait dans la bataille (1).

C'est donc le mari qui donne l'ordre de dresser le guet.

Il faut qu'à ce moment il agisse dans la plénitude de sa liberté (2) et en toute connaissance de cause; qu'il ait la volonté bien arrêtée de répudier sa femme, et qu'il mesure la portée de son acte. S'il y a doute sur ces points, on maintient le mariage.

Si la violence arrache au mari son consentement, le guet est nul (3); le même résultat se produit, s'il s'est engagé sous serment à répudier sa femme (4); toutefois le tribunal peut l'affranchir de cette obligation imprudemment contractée.

Même un ordre écrit est insuffisant (5) pour faire dresser un acte de divorce. Ainsi encore nous avons vu qu'un homme sourd-muet est incapable, en règle générale, de divorcer (6); toutefois en cas de mutisme subit, on lui rend ce droit; mais pour s'assurer de sa volonté bien arrêtée de renvoyer sa femme on lui pose trois questions

(1) *Zohar Ex.*, 107 a.

(2) *Misch. Yebam*, XIV, 1, T. b., *Erach*, 21 b.

(3) *T. b. Erach*, 21 b.

(4) *Resp. des Rab. français*.

(5) *T. b. Gitt.*, 72 a.

(6) *Misch. Yebamoth*, XIV, 1.

auxquelles il doit donner des réponses correspondantes par signes ; si l'expérience réussit, la répudiation acquiert la force de toute convention (1).

Il faut se conformer strictement aux ordres que donne l'époux ; ainsi un acte de répudiation a été rédigé, mais il est douteux qu'il soit régulier, le mandataire n'a pas le droit d'en faire un nouveau plus conforme à la loi, il n'en a pas reçu l'autorisation (2).

Pour éviter toute difficulté d'interprétation et d'exécution de ses ordres (une légère erreur pouvant entraîner annulation de l'écrit) le mari devra s'exprimer très clairement ; il devra dire à plusieurs personnes réunies : « Que l'un de nous dresse l'acte, que deux le signent, et qu'un autre le porte à ma femme » [s'il y a lieu] (3).

Néanmoins on admet qu'il est permis dans une certaine mesure, et en interprétant sa volonté probable, de suppléer aux lacunes des termes de son ordre. Dans le cas présent, s'il n'a pas déterminé le rôle de chacun des assistants, ceux-ci se distribuent l'accomplissement des différentes formalités, comme s'il avait mis dans ses paroles toute la précision nécessaire ; une des personnes présentes écrira le guet, deux le signeront et une quatrième le remettra à la femme.

Quand le mari se contente de dire « écrivez un guet pour ma femme », on ne le remet pas à celle-ci ; il faudra qu'il ajoute « donnez-le lui » (4).

Toutefois, cette règle doit fléchir dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, un individu est emmené enchaîné dans un carcan, pour être mis à mort,

(1) *Misch. Guill.*, VII, 1.

(2) *T. b. Guill.*, 63 b. *Maim. Gerousch.*, II.

(3) *T. b. Guill.*, 67 b.

(4) *T. b., Guill.*, 65 b.

ou est sur le point d'entreprendre un long voyage sur mer. On comprend qu'il n'ait pas assez de calme d'esprit pour mesurer les paroles qu'il prononce et les conformer au texte que la loi exige.

D'autre part, le temps presse, le bateau va quitter le port, le bourreau attend le condamné, et si on ne s'était pas relâché de la rigueur des formes légales, la femme du voyageur ou du supplicié fût devenue veuve, alors qu'elle préférerait la répudiation.

De même un individu dit : « écrivez un guet pour ma femme », mais il n'ajoute pas qu'il faut le lui remettre ; puis, il périt. Dans la rigueur des principes, la répudiation est nulle et non avenue, puisqu'un des éléments essentiels, la remise, n'est pas mentionné dans l'ordre donné (1). R. Simon ben Gamliel (2) décide que si le décès est accidentel, l'intention de la victime d'achever l'acte commencé, ne saurait être établie ; mais, si l'individu s'est volontairement donné la mort, il avait sans doute fait dresser l'écrit dans l'intention de conférer à son épouse les avantages de la répudiation, et, par conséquent, il faudra, complétant une pensée insuffisamment exprimée, remettre le document à la femme ; elle sera divorcée (3).

Il peut arriver que le mari ne soit pas en mesure de donner l'ordre au scribe de dresser l'acte de divorce. Il va partir pour un voyage et n'a pas le temps d'attendre l'arrivée du rédacteur pour lui prescrire d'écrire le guet ; il chargera valablement un tiers de cette mission, qu'il ne peut remplir lui-même (4).

(1) *Mischna Guill.*, VI, 6.

(2) Simon ben Gamliel. — C'était le dernier des docteurs de la *Mischna*. Il présidait le Sanhedrin, peu d'années avant la destruction du Temple de Jérusalem par les Romains.

(3) *Misch. Guill.*, VI, 6.

(4) *Eben Haetz*, p. 235.

Un second personnage intervenant dans la procédure, c'est le scribe. Rappelons toujours qu'il ne s'agit pas d'une véritable instance devant un tribunal régulier ; les personnes prenant part à l'acte sont des particuliers. Tout homme peut, par conséquent, y jouer le rôle d'écrivain, de greffier, si l'on veut. Exception pourtant est faite pour les idolâtres, les esclaves, les sourds-muets, les idiots et les mineurs, parce que l'accomplissement des formalités exige certaines capacités religieuses, civiles et physiques, que les incapables n'offrent pas ; c'est pourquoi les trois dernières classes recouvrent le droit d'écrire l'acte, quand ils le confectionnent sous la surveillance d'une personne capable (1).

On permet même, non sans opposition de certains docteurs (2), de rédiger d'avance des actes en blanc, sauf à les remplir quand on met le divorce à exécution. C'est une dérogation à l'esprit de la loi qui complique, comme à plaisir, les formalités, pour obliger le mari à réfléchir sur la gravité de l'acte qu'il va accomplir ; c'est aussi une dérogation à la règle qui oblige l'époux à donner directement au scribe l'ordre d'écrire le guet entier. Dans certains cas d'urgence, cette pratique offre toutefois des avantages, et peut-être n'aurait-il fallu la tolérer que dans ces hypothèses.

La femme elle-même est admise à écrire le guet, mais sous certaines conditions ; d'abord, elle doit, conformément à la règle générale, en avoir reçu l'ordre de son mari ; pour que le document paraisse bien émaner de lui, elle devra le lui remettre une fois établi, puis le recevoir à nouveau de ses mains (3).

La même raison qui empêchait un idolâtre d'écrire le

(1) *T. b. Guitt.*, 23 a.

(2) *Misch. Guitt.*, III, 2.

(3) *Sammler Misch. Edouoïth*, p. 266.

guet, en empêchait aussi un tribunal païen (1); on n'admettait pas l'immixtion d'une autorité non juive dans une matière exclusivement religieuse aux yeux des docteurs; peut-être aussi craignait-on que la répudiation ne fût imposée par la juridiction étrangère. R. Simon Ben Yochaï (2) n'était pas de cet avis. Pour lui, un tribunal païen était compétent pour délivrer le guet; il suffisait que l'auteur de l'acte ne fût pas illétre (idiotes); d'autres acceptent cette opinion, en y ajoutant l'obligation de la nationalité juive des témoins (3).

Il y a des jours où le travail est interdit, notamment le Sabbat (4) et les jours de fête; par conséquent, il est défendu, durant ces périodes, de dresser un acte de divorce; car l'écriture est considérée comme un travail prohibé ces jours. On recommande aussi de ne pas opérer de répudiation le mois d'Yar, ni le premier et deuxième jour de la Néménie (5).

Toutefois il est permis aux époques que nous venons de fixer, dans des circonstances exceptionnelles et d'extrême urgence, de remettre le guet; la tradition d'un acte offre aux yeux de la loi beaucoup moins de gravité que sa confection.

L'hypothèse que nous venons d'envisager se présente par exemple, quand un jour de Sabbat, un homme, croyant qu'il ne verra plus le lendemain, voudra divorcer pour soustraire sa femme au lévirat.

L'acte devra être commencé et achevé le même jour, c'est-à-dire dans le délai écoulé entre deux couchers de soleil; pour se conformer à la rigueur de la loi, on ne

(1) *Tal. baby. Guitt.*, 10 b.

(2) R. Simon ben Yochaï. — Il vivait au ^{II} siècle de l'ère chrétienne. Il habitait Ouscha (Palestine). On l'a considéré comme un cabaliste.

(3) *Mischna Guitt.*, I, 5.

(4) *Misch. Sabb.*, XII, 3.

(5) *Duschak Mosaisch Talm. Das Eherecht*, p. 95.

devrait même laisser aucun intervalle en l'accomplissement des diverses formalités (1).

On n'a pas déterminé le lieu où devra se dérouler la procédure.

La matière sur laquelle on écrit le guet doit appartenir au mari (2); car il est dit dans la Bible : il donnera l'acte, c'est-à-dire il en transférera la propriété.

La même question, qui se présente pour la plume, divise les docteurs; il semble pourtant que le verset ci-dessus invoqué ne saurait s'appliquer à l'objet servant d'instrument à écrire, car on ne remet pas la plume à la femme?

Un cas curieux c'est l'inscription de la répudiation sur la main d'un esclave. Si l'esclave appartient à la femme, l'acte est valable, nul dans le cas contraire (3); car ce n'est que dans le premier cas que la conjointe répudiée conserve la preuve de la rupture de son mariage. Nous voyons donc ici une exception à la règle que la matière sur laquelle on écrit doit appartenir au mari.

On ne doit pas écrire le guet sur un objet non détaché du sol (4), puisqu'il fallait remettre le document entre les mains de la femme, ce qui est impossible s'il adhère au sol; on ne saurait d'autre part le détacher de la terre, après son achèvement, c'eût été mettre un intervalle de temps entre la confection de l'acte et sa remise à la femme; c'est ce que défend la loi. Mais il est permis d'ébaucher l'acte sur un objet fixé à terre, qu'on arrache ensuite, puis compléter l'écrit et en faire la délivrance obligatoire.

On ne doit pas écrire sur des objets qui souffrent trop

(1) *Misch. Guill.*, II, 2.

(2) *Misch. Bab. Bat.*, X, 3.

(3) *T. b. Guill.*, 29, 20.

(4) *T. b. Guill.*, *Ibid.*

facilement des altérations, comme du papyrus ayant déjà servi, des palimpsestes, ou des peaux encore incomplètement préparées. Par une conséquence du même principe, un acte de répudiation ne devenant visible sur une feuille, que par un réactif, sera douteux (1).

En vue de préserver l'écrit de toute altération, on n'en doit faire la remise, que quand l'encre, où un autre liquide en tenant lieu, sera sec; sinon, on donnerait trop de facilités aux faussaires. Pour la même raison on n'admet ni surcharges, ni interlignes; toutefois Maimonide excepte le cas où elles sont approuvées, car alors elles ne présentent plus le même danger de fraude (2).

On peut conclure, qu'en règle générale, la loi ne détermine pas strictement les formes de l'acte; elle le valide quand il ne prête pas aux falsifications trop aisées.

On y insère le nom du mari, de son père; on tolère même un nom de fantaisie, s'il a l'avantage de faire mieux connaître les parties (3); Si le père est inconnu on ne le mentionne même pas. Mais il faut au moins éviter la confusion avec un homonyme; si ce cas se présente, on indique par un signe distinctif la personne intéressée au divorce (4). Lorsqu'un prosélyte donne la répudiation, il est désigné sous le nom de fils d'Abraham le patriarche (5), on n'insère pas celui de son père, qui ne compte pas aux yeux de la loi juive; il est censé n'avoir jamais existé. On indique aussi, d'une façon précise, la femme à qui le divorce s'adresse, et son père, sinon la validité de la procédure devient douteuse.

Enfin l'acte doit porter l'ordre exprès de renvoi de

(1) *Misch. Guitt.*, II, 4.

(2) *Tour d'après le Talm., Jérusal., Guitt.*, VIII.

(3) *Misch. Guitt.*, II, 2, IX, 5, III, 2.

(4) *Duschak Mosaisch, Talm. Eherecht*, 99.

(5) *Eb. Haez.*, 126, 20.

l'épouse répudiée (1), conformément au texte de la Bible : « il la renverra » ; on ajoutera que dorénavant il lui sera permis de se marier avec tout autre homme.

Du temps de la Mischna, on datait le guet, en prenant pour point de départ, le règne d'Alexandre de Macédoine ; au moyen-âge, on comptait à partir de la création du monde (2), en y ajoutant l'ère vulgaire. Étaient nuls les guets datés de l'extinction de la dynastie des Grecs ou des Mèdes, ou de la destruction du Temple. Ces dates étaient de nature à froisser le patriotisme des peuples au sein desquels vivaient les Juifs (3). R. Eliezer et R. Meïr admettent la validité d'un acte de divorce pourvu qu'il soit attesté par la signature de témoins.

L'acte peut revêtir l'aspect uniforme d'une feuille ordinaire, ou celle encore aujourd'hui obscure d'un document à plis, au nombre minimum de trois (4). Chaque pli, fermé par un point, porte sur une de ces faces intérieures une partie du corps de l'acte, et sur sa face opposée mais à l'extérieur, la signature d'un témoin. La partie de la feuille non employée est plane.

Le Talmud (5) explique l'origine de cette forme par la nécessité à laquelle on voulait soumettre les prêtres d'apaiser leur colère contre leur femme, avant de la répudier ; on espérait ainsi les détourner de cet acte, qui ne leur permettait plus jamais de reprendre l'épouse renvoyée. Un auteur (6) soutient que cette pratique a pour origine un usage des Perses que les Juifs adoptèrent durant leur captivité en Babylonie. Un passage de Jérémie paraît faire allusion à ce genre d'écrit.

(1) *Misch. Guitt.*, IX, 3.

(2) *Hagaoth Maimonide, Gerousch*, I, 27.

(3) *Ibidem*.

(4) *Misch. Guitt.*, VIII, 9.

(5) *Talm. babyl. Bab. Bath.*, 160 b.

(6) *Rabbinowiez Leg. civ. Talm.* IV, p. 368.

Est-ce que ce ne serait pas là un acte dont on voulait tenir secret le contenu à certaines personnes, notamment aux témoins, puisque eux ne signaient le pli qu'à l'extérieur et sans doute après qu'il était fermé; s'ils avaient signé à l'intérieur du pli, ils auraient pris connaissance de sa teneur, contrairement au but qu'on s'était proposé. L'on comprend aussi l'accroissement du nombre des témoins, qui, de deux, monte à trois au moins; car l'authenticité de l'écrit et son émanation des ordres du mari demande d'autant plus de garanties que l'objet du document demeure plus secret.

Lecture de l'acte doit être donnée à deux témoins irréprochables (1) qui, en souscrivant, attestent l'accomplissement des formalités légales; mais ils doivent savoir lire eux-mêmes la pièce pour se rendre compte personnellement de la teneur du document (2); ils signent de leur nom, de celui de leur père, puis ajoutent Ed ou témoin, c'est-à-dire la qualité en laquelle ils figurent à l'acte.

Beaucoup de contemporains de la Mischna ne savaient pas écrire leur nom; alors on le leur traçait au bas du document à l'aide d'une substance effaçable qu'eux-mêmes surchargeaient d'encre (3); mais ce ne sont pas là les seuls moyens de suppléer au défaut d'instruction des témoins; la Mischna en cite encore d'autres. R. Meïr et R. Eliezer poussent même l'indulgence jusqu'à dispenser de toute attestation un acte écrit par le mari lui-même (4). On exige surtout l'insertion des signatures dans l'écrit pour qu'on puisse retrouver plus facilement leurs auteurs. Ces exceptions à la rigidité des principes prouvent la souplesse et l'esprit pratique des docteurs

(1) *Misch. Sanhed.*, III, 3.

(2) *Maim. Gerousch.*, I.

(3) *T. b. Guill.*, 19 b.

(4) *Misch. Guill.*, IX, 4.

juifs, qui savaient accommoder le droit aux nécessités diverses de l'époque où ils vivaient.

La dernière décision que nous venons de rapporter, témoigne de l'intention de laisser s'accomplir la répudiation dans le plus profond secret, hors la présence de tout assistant autre que les parties, et, en effet, les Rabbins qui ont admis cette règle vivaient à une époque où les actes religieux pouvant rappeler des souvenirs nationaux étaient interdits par les autorités romaines ; c'était peu de temps après la révolte de Bar-Cochbah ; le vainqueur se proposait de détruire tout vestige de l'antique religion et législation juives ; il échoua, et on accomplit en secret les prescriptions interdites (1).

Un individu dont la conduite n'est pas irréprochable ne peut (attester) jouer le rôle de témoin (2).

Primitivement, un païen subissait la même exclusion ; dans les derniers temps de la Mischna, on se départit de cette rigueur (3) ; les circonstances nécessitaient cette réforme ; dans certains cas urgents, comme le danger de mort imminente du mari, il fallait se contenter d'un voisin, qui était souvent païen.

Les Juifs, à cette époque, avaient cessé d'habiter la Palestine ; ils étaient dispersés dans l'étendue de l'empire romain d'Europe et d'Asie et au milieu des non Juifs.

Les témoins sont tenus de connaître le mari et la femme qui divorcent (4) ; sans cette précaution, la fraude, avec les plus graves conséquences, aurait trop de facilités ; le premier venu pourrait faire rédiger un guet contre une femme qui n'est pas la sienne et le lui faire envoyer, la

(1) *Misch. Guitt.*, IV, 3.

(2) *Misch. Sanhed.* III, 3.

(3) *Misch. Guitt.*, I, 5.

(4) *Misch. Guitt.*, III, 1.

destinataire, se croyant affranchie des liens du mariage, en concluerait un autre, naturellement nul.

Toutefois, l'école de R. Ismaël (1) décide qu'en cas d'urgence il est permis de choisir des témoins qui ne connaissent pas personnellement les conjoints.

L'acte de répudiation signé d'un témoin incapable est nul, quand même il serait remis à la femme par deux autres témoins capables (2).

Etant un acte privé, en dehors de tout tribunal régulièrement constitué, en l'absence parfois des parties, la répudiation devait assez souvent encourir la nullité, la *Mischna* et le *Talmud*, en prévoyant un grand nombre de cas, en prouvent la fréquence.

Le mari est admis à faire déclarer l'acte faux, quand les signatures des témoins sont inconnues.

Le témoin qui, ayant assisté à la confection du guet, vient en contester l'autorité, encourt l'anathème (3), une des peines les plus graves de la loi juive; nouvelle preuve de la fréquence des nullités de répudiation, puisqu'il fallait appliquer une sanction sévère.

Quand les témoins ont apposé leur signature au bas de l'écrit, ils doivent faire deux lectures de l'acte, la première avant, la seconde après la remise à la femme (4); néanmoins la seconde lecture peut suffire, quand la première n'a pas eu lieu, par exemple, par oubli ou en cas d'urgence.

La délivrance doit avoir lieu devant deux témoins irréprochables, qui, en cas de contestation, affirmeront

(1) R. Ismaël. — Il vivait au ^{vi} siècle de l'ère chrétienne et habitait la Palestine. Il fait partie des docteurs de la *Mischna*; il se forma autour de lui un cercle d'amis et de savants, notamment R. Akiba, R. Elasar ben Asaria, R. Tarphon, R. Jossé le Galiléen.

Ses coreligionnaires, appauvris par la guerre contre les Romains, éprouvèrent les bienfaits de sa générosité. Il combattait violemment le célibat.

(2) *Sanhed.* 28 b.

(3) R. Ascher dans *Traité de divorce*. Eb. Haz, 151, 22.

(4) *T. b. Guitt.*, 19 b.

l'accomplissement de cette formalité. Quelquefois même la mise en possession s'opère en présence de dix assistants, mâles et majeurs; cette réunion de dix personnes est surtout d'usage dans les cérémonies du culte. Néanmoins tous ces témoins ne sont pas exigés à peine de nullité (1).

Quand la femme reçoit l'acte de répudiation, il faut qu'elle sache bien de quoi il s'agit; dans ce but son mari lui explique l'objet de la remise qu'il opère: « Voici ton acte de divorce; te voilà répudiée par moi et permise à tout autre homme » (2).

On se montre très rigoureux en fait de précision; c'est toujours dans l'intention de restreindre les répudiations; on les annule quand l'époux a dit: « Je ne suis plus ton mari », ou « te voilà libre ».

En vertu du même principe, quelques docteurs exigeaient la présence à la procédure d'un homonyme, s'il en habitait un la même localité (3); on éviterait ainsi toute confusion de personne.

De même est nul un acte de répudiation donné à la femme pendant son sommeil (4); exception est pourtant faite si le mari lui a fait part de son projet avant qu'elle s'endormît (5).

On ne saurait prétendre qu'elle ignorait l'acte dont elle est l'objet.

L'écrit doit parvenir en sa possession. Le plus simple c'est la tradition en ces propres mains. Mais nous avons vu qu'elle n'assiste pas toujours à la cérémonie du divorce. Alors la remise présentera plus de difficultés juridiques. Il suffit de résumer les différents cas parti-

(1) Manuscrit de Rab. Isaac de Mayence.

(2) *Eb. Haer.*, 136, 3. *Kidousch.*, 5 b.

(3) *T. b. Rab. Bathra.*, 117 b.

(4) *T. b. Haer.*, 138, 3. *Misch. Guitt.*, VIII, 2.

(5) *M. Guitt.*, VIII, 2.

culiers que prévoient la Mischna et le Talmud : La remise est accomplie quand l'acte est à la disposition de la femme.

Ainsi il est permis de le laisser valablement, pendant qu'elle s'y trouve, dans sa chambre ou dans une cour lui appartenant (1).

Même hors de sa demeure, elle peut être répudiée par un acte lancé dans un lieu public et tombé tout près d'elle (2). Elle n'aura qu'à se baisser pour le prendre.

Supposons qu'on se soit trompé ; qu'on ait remis l'acte de divorce au mari et la quittance de la dot, au sens large, à la femme, alors qu'il eût fallu faire l'inverse. Certains docteurs de la Mischna annulent la répudiation, conformément aux principes : la remise n'a pas été faite à l'épouse divorcée. R. Eliezer, qui assouplit la rigueur de la loi, fait une distinction ; Si la femme s'est déjà remariée, le divorce est maintenu ; mais si elle n'a pas encore conclu une nouvelle union, le premier mariage continue de subsister (3). On craint que la confusion commise n'ait été volontaire ; que les conjoints divorcés n'aient eu pour but que d'entraîner la rupture d'une union ultérieure de la femme.

(1) *T. b. Guill.*, 77 a.

(2) *T. b.*, 78 a. (m).

(3) *Misch. Guill.*, VIII, 8.

Divorce par Mandataire

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, les époux ne sont pas tenus d'assister tous les deux à l'accomplissement des formalités de la répudiation ; cela revient à établir que les conjoints jouissent du droit de se faire représenter valablement par des mandataires.

Une des règles relatives à la capacité du représentant repose sur la nécessité pour lui d'accomplir un acte religieux (1). Sont donc incapables : les païens exclus des cérémonies religieuses, les esclaves inaptes à tout acte juridique ; conformément aux vrais principes du mandat qui font disparaître le mandataire dans la personne du mandant, il n'eût pas fallu édicter ces deux restrictions de représentation. Ce sont ensuite les sourds-muets, les idiots, les enfants, physiquement et moralement impropres à suivre la procédure du divorce ; cette rigueur fléchit parfois, puisqu'un aveugle sera admis comme messenger, si, à la remise qui lui est faite et à celle qu'il fera à la femme, assistent les deux mêmes témoins (2). Il faut pourtant ajouter que ce cas se présentait rarement.

On distingue cinq catégories de mandataires, dont deux pour les maris, deux pour les femmes et un commun pour les deux conjoints.

En règle générale, la nomination du mandataire doit émaner de la partie qu'il représente. Ainsi un mari ne

(1) *Misch. Guitt.*, II, 5. *T. b. Guitt.*, 23 b.

(2) *Tour.* 142, p. 127, éd. de Berlin.

saurait choisir le représentant de sa femme; exception est faite dans les cas urgents (1).

A l'inverse, l'épouse est autorisée à choisir un mandataire pour son époux, sous la condition toutefois que celui-ci confirme cette désignation (2); nous constatons à cette occasion aussi que le droit de la femme en matière de mandat subit plus de restrictions que celui du mari; celui-ci n'a pas besoin d'attendre que sa conjointe consente au choix qu'il a fait pour elle.

Mais cette différence cadre parfaitement avec les principes et avec l'ensemble de la procédure. En effet, on ne peut imposer au mari un mandataire qu'il repousse, sinon il refusera de faire dresser l'acte de répudiation, tandis que cet inconvénient n'est pas à redouter de la part de la femme, car elle ne peut s'opposer au divorce. Et enfin les principes exigent que le conjoint mette lui-même en mouvement toute la procédure, il faut donc lui réserver la confirmation de son mandataire, ce qui constitue au fond une nomination.

Mais un homme peut valablement représenter une femme et vice-versa, quoique les femmes soient en principe incapables (3); c'est le moment de rappeler que le mandataire disparaît dans la personne du mandant, qui est censé agir par lui-même, c'est ce qu'exprime si bien la formule d'investiture du représentant : « Ta main sera ma main, ta bouche sera ma bouche » (4).

Pour que le divorce soit bien définitif, le mari doit, avant de remettre l'écrit entre les mains du mandataire, écarter toute réserve contre l'acte qu'il accomplit et s'interdire sous peine d'anathème de l'annuler ultérieu-

(1) *T. b. Guilt.*, 62 b.

(2) *T. b. Naz.*, 141, 1.

(3) *T. b. Guilt.*, 23 b.

(4) *Maim. Gerousch. Eb. Huez*, 141, 30.

rement (1); cette éventualité se produisait fréquemment, surtout au cas d'institution d'un messenger porteur de l'écrit de divorce; on prit des mesures contre ces rétractions parfois préjudiciables à la femme; si dans l'ignorance de l'annulation du divorce par son époux, elle s'était remariée, elle voyait cette union devenir adultérine. R. Gamliel l'Ancien (2) établit l'interdiction pour le mari de revenir sur sa répudiation hors la présence du messenger ou de la femme divorcée (3).

Le mari peut aussi désigner un messenger chargé de porter le guet à sa femme.

Si l'acte de répudiation a été rapporté de l'étranger en Palestine ou à l'inverse, ou d'une province dans une autre, situées toutes les deux dans le pays d'Israël, le messenger doit avoir assisté à la rédaction et à la signature de la pièce par les témoins (4), cette rigueur provient de la nécessité de s'assurer de l'observation des lois juives du divorce, inconnues pour ainsi dire hors des frontières de la Palestine. Ajoutons toutefois que cette disposition, tombée en désuétude aujourd'hui, trouvait surtout son application au temps de la Mischna, car alors les Juifs habitaient encore la Palestine.

Le messenger porteur supplée le mari pour les formalités de la remise.

Comme le mandataire avait parfois de longs parcours à faire, comme les difficultés de communication prolongeaient encore la durée du voyage, le mari mourait souvent avant l'arrivée à destination du guet, qui ne pouvait plus en ce cas produire effet; tout cela au préjudice de

(1) *T. b. Haerz.*, 141, 29.

(2) Raban Gamliel. — Il présidait le Sanhedrin vers les dernières trente années avant la destruction du Temple. Il établit plusieurs décisions adoucissant le caractère rigoureux de la loi.

Il est intervenu aussi en faveur de l'acquittement de saint Pierre.

(3) *Misch. Guitt.*, IV, 2.

(4) *Misch. Guitt.*, I, 3.

la femme, restant veuve au lieu d'être affranchie au moyen du divorce. On établit la *prescription* que l'époux *est* encore en vie lors de la remise de l'écrit, quoiqu'il fût déjà malade quand il le faisait partir (1); exception est faite à cette *présomption*, quand il était déjà agonisant à ce moment (2).

Le rôle du messenger consiste à remplacer le mari absent; c'est par son intermédiaire que celui-ci est censé faire la remise de l'acte, en prendre lecture et prononcer les paroles faisant partie de la procédure. Mais en outre le représentant de l'époux devra avoir assisté à la confection du guet et à sa signature, ou bien trois personnes devront, lors de la transmission de l'écrit à la femme, certifier qu'ils connaissent les signatures, le tout sous peine de nullité (3); on peut considérer ces dernières formalités comme tenant lieu de légalisation.

La femme aussi jouit du droit de se nommer un délégué chargé de recevoir le guet. Supposons qu'elle ne suive pas en personne la procédure du divorce; elle s'y fera valablement représenter par un mandataire, constitué en présence de deux témoins; deux autres témoins attesteront la tradition de l'écrit à cet intermédiaire (4). Les uns sont autorisés à jouer le rôle des autres; point n'est besoin d'avoir recours pour la constatation des formalités légales à deux séries distinctes de témoins:

Voici la formule de nomination du mandataire de la femme: Aussitôt que tu l'auras reçu (l'écrit) en ta main je serai répudiée et libre pour tout autre homme (5). Toutefois ces termes n'ont rien de sacramentel; il suffit

(1) *Misch. Guitt.*, III, 3.

(2) *T. b. Guitt.*, 28 a.

(3) *T. b. Guitt.*, 3 a. (M).

(4) *Misch. Guitt.*, VI, 2.

(5) *T. b. Haez.*, 141. *T. b. Guitt.*, 62 b.

qu'ils expriment clairement la volonté de la mandante (1).

Comme le divorce, à bien des points de vue, empire la condition de la femme, notamment elle n'aura plus droit d'exiger l'entretien et la nourriture à son époux, elle devra constituer expressément son délégué, sinon on ne présumera pas qu'elle ait voulu se priver indirectement des profits du mariage ; cela est conforme aux principes généraux, en vertu desquels une renonciation ne se présume pas.

La femme peut aussi désigner un messenger chargé de lui rapporter le guet et le divorce ne sera accompli que quand elle aura reçu entre ses mains le document (2) ; ce qui prouve que ce délégué ne saurait être considéré comme un véritable mandataire, représentant pleinement la mandante ; car au moment où remise lui est faite de la pièce, le divorce ne se produit pas encore.

Les témoins soit de la constitution de messenger pour rapporter l'écrit, de mandataire pour en recevoir livraison, soit de la remise, n'auront plus à intervenir que s'il s'élève des contestations sur les actes accomplis ; il s'est perdu, par exemple, une des pièces de la procédure et une des parties vient en attaquer la régularité.

La substitution d'un mandataire ou d'un messenger à un autre, sans ordre du mandant, ne s'accorde pas avec le principe de l'exécution stricte des ordres des conjoints. Cette dérogation aux instructions reçues est d'autant plus grave qu'il s'agit d'une mission de confiance. Néanmoins, pour ne pas entraver les divorces, il a fallu se relâcher de cette sévérité, et on admit la substitution

(1) *T. b. Guitt.*, 65 b.

(2) *T. b. Guitt.*, 63 b.

d'un représentant par un autre qu'il se serait choisi en présence de deux témoins (1).

Il faut noter quelques restrictions à ce droit de remplacement. Dans le cas où le mandant ou le délégant a formellement désigné telle et telle personne pour accomplir, en son lieu, les formalités du divorce, celui-ci ne pourra en charger un tiers que s'il est absolument empêché de remplir son rôle (2). Enfin s'il apporte un guet de l'étranger en Palestine, il aura dû assister en personne à la confection de l'écrit; il devra désigner son remplaçant devant un tribunal; les juges s'enquerront, auprès de lui, de l'accomplissement des formalités légales, puis sera confirmé le choix de son successeur (3).

Le mandataire a pour devoir d'exécuter strictement les ordres qu'il a reçus, et dans les conditions prescrites (4). En voici quelques exemples: Remise de l'acte dans tel et tel endroit de la main droite, en jour déterminé (5). Dans ces cas, pour que la volonté du mandant reçoive une exécution rigoureuse, le mandataire ne devra pas se faire remplacer dans ses fonctions, sinon la volonté des époux court risque d'être infidèlement interprétée et mal exécutée (6).

Le divorce devient définitif au moment de la remise de l'acte entre les mains de la femme ou de son mandataire; cette règle se dégage de la formule de constitution de mandat. Voici en quels termes s'exprime la femme: « Aussitôt que tu l'auras reçu (le guet) en ta main, je serai repudiée et libre pour tout autre homme » (7).

(1) *Guitt.*, 29 b.

(2) *Guitt.*, 29 b.

(3) *Misch. Guitt.*, III, 3.

(4) *T. b. Guitt.*, 29.

(5) *Guitt.*, 29 b.

(6) *T. b. Guitt.*, 65.

(7) *Lehm. Cours de Talmud.*

S'il est certain que l'époux est mort avant la réception du guet par la femme, le divorce ne saurait plus se produire (1).

Le mandat donné par le mari peut être révoqué tant que la remise de l'acte n'est pas effectuée (2).

Ces applications prouvent bien la règle que seule la remise du guet rend la répudiation définitive; alors elle rétroagira au jour de la rédaction de l'écrit. Mais tant qu'il n'aura pas été donné à la femme ou à son mandataire, le guet est susceptible de perdre sa force par un contre-ordre exprès du mari, soit tacitement par la cohabitation des époux (3).

Le moyen normal de prouver le divorce consiste dans la production de l'écrit qui le constate (1). C'est dans ce but que cet acte a été dressé. Mais il peut arriver qu'il ait été perdu, ou même qu'il ait été déchiré comme a certaines époques de persécution religieuse, où il fallait faire disparaître toute trace de cérémonie rappelant les souvenirs nationaux des Juifs. Alors on avait recours aux témoins de la remise qui avaient apposé leur signature au bas du guet (4).

Il peut arriver que deux témoins affirment l'existence de la répudiation, deux autres témoins la nient; ces derniers seront crus (5) car il s'agit de contester un état établi, il s'agit d'en prouver la cessation; comme le pour et le contre sont également soutenus, on maintient la situation existante; toutefois, cette décision peut produire des inconvénients quand la femme s'est remariée; supposons que le divorce avec son premier mari vienne à être contesté par deux témoignages; ce qui

(1) *T. b. Guill.*, 28 a.

(2) *T. b. Guill.*, 63 b.

(3) *T. b. Guill.*, 80 a.

(4) *Misch. Guill.*, IV, 3. *T. b. Guill.*, 64 a.

(5) *T. b. Ketoub*, 22 a.

eût rendu la femme coupable d'adultère ; contrairement au principe que nous venons d'exposer, le premier mariage sera, en ce cas, considéré comme dissous, et le second deviendra valable (1).

Deux témoins affirment la continuation du mariage, mais la femme la conteste ; il se produira ici un effet singulier ; et comme si l'on voulait donner en partie raison aux deux affirmations contraires l'on s'arrête à un moyen terme ; l'autorité des dépositions des témoins l'emporte sur deux points : La femme, si son mari vient à mourir, n'aura plus le droit de s'unir à un prêtre et, d'autre part, elle sera soustraite au lévirat (2).

Il faut au moins deux témoignages distincts et conformes pour prouver la répudiation.

Il arrive parfois que par l'effet de la mort ou à cause d'émigration les témoins eux-mêmes aient disparu. Il faut alors recourir aux seules personnes en mesure de fournir les renseignements, ce sont les parties elles-mêmes, surtout la femme ; elle est la première intéressée à établir l'existence du divorce afin de prouver la légitimité d'une seconde union qu'elle a contractée.

Si l'épouse supposée répudiée affirme qu'elle a été mariée, puis répudiée, on ajoute foi à ses déclarations. C'est une application du principe de l'indivisibilité de l'aveu qui s'exprime en hébreu, la bouche qui a lié peut délier (3).

En étend même ce principe à la rumeur publique. Ainsi le bruit à couru qu'on a vu de nombreuses lumières et des invités chez une jeune fille ; ce qui suppose dans notre hypothèse qu'elle est mariée ; il faudra qu'un bruit coure de la rupture du mariage, pour qu'elle puisse être considérée comme libre des liens conjugaux (4).

(1) *T. b. Ketoub*, 22 b.

(2) *T. b. Yeb.* 117 b. *T. b. Haez*, 152, 7.

(3) *Misch. Ketoub*, II, 5.

(4) *Misch. Guitt.*, IX, 9.

Modalité du Divorce. — La Condition

Le divorce, d'après la plupart des règles qui le régissent, peut être considéré comme un acte privé dépendant de la volonté du mari; si la loi intervient sur certains points pour le réglementer, c'est surtout pour lui en faire établir et conserver la preuve, et même dans ce cas, elle fait presque toujours fléchir sa rigueur pour s'accorder avec les difficultés pratiques et les nécessités des temps et des lieux; c'est ce que nous avons pu constater dans les chapitres précédents.

Ayant le droit, pour ainsi dire absolu, de renvoyer sa femme, le mari peut y mettre des conditions, tantôt *insérées* dans son intérêt propre, mais très souvent aussi dans celui de la conjointe dont il se sépare; ce second cas se présente bien plus souvent dans les textes de loi que le premier. Comme exemple, on en peut citer la répudiation sous la condition du décès ou du non retour du mari au bout d'un temps déterminé (1). Si ces éventualités se présentent, l'épouse affranchie du lévirat et de l'obligation indéfinie d'attendre le retour de son conjoint absent, sera autorisée à convoler en secondes noces.

De la nature de la condition découlent quelques restrictions qui en limitent l'étendue d'application. Ainsi est non avenue l'interdiction imposée à la femme qui divorce de ne pas accomplir un acte impossible; le guet devient pur et simple (2).

(1) T. b. Guitt., 84 b.

(2) T. b. Guitt., 84 a.

Il ne saurait pas non plus être remis comme dépendant d'un événement qui naitrait le lendemain de la mort du mari (1), puisqu'il suppose le mariage encore existant, et, par conséquent, les époux encore vivants; et c'est ici le moment de remarquer que la condition ne rétroagit pas, en général, au jour de la confection de l'acte, qu'elle ne saurait, par conséquent, plus le valider rétroactivement après le décès du mari.

Le principe que la rupture du mariage doit être complète exerce aussi son influence sur la condition. Ainsi l'on interdit le divorce des époux qui ne doit durer qu'un jour (2), la défense faite à l'épouse libérée de convoler en secondes noces avec une personne déterminée; mais exprimée sous forme de condition, cette disposition est permise (3).

Voici comment la condition s'insère au guet; celui-ci dressé, on n'écrit pas à la suite la modalité; on exprime verbalement la condition au moment de la remise de l'acte (4); ce qui tendrait à prouver que les modifications de l'acte de divorce sont d'origine relativement récente et postérieures à la fixation définitive de sa forme pure et simple. On peut voir aussi dans cette manière d'insérer la modalité une application du principe que la rupture du mariage doit être complète; l'établissement d'une condition suspensive maintient, en partie au moins, le lien matrimonial; il ne se brisera, par exemple, qu'après l'accomplissement de certaines obligations de l'épouse.

Le divorce ne se produira qu'à l'arrivée de la condition prévue, il ne rétroagira pas au jour de la confection de l'acte (5). Exception pourtant est faite quand un mari

(1) *T. b. Guitt.*, 72 a.

(2) *T. b. Guitt.*, 83 a.

(3) *Eb. Haez*, 141, 22.

(4) *T. b. Guitt.*, 75 a.

(5) *Misch. Guitt.*, VII, 9.

aura formulé expressément une volonté contraire, ainsi articulée : « Tu es répudiée dès ce jour, si tel événement se produit (1).

Quelle va être la situation juridique des époux avant la réalisation de la condition suspensive; la question faisait difficulté; ainsi pour R. Jossé (2), la qualité d'épouse pour la femme divorcée conditionnellement est douteuse, alors que pour R. Jehouda (3) elle est certaine (4). A examiner certains textes, on croirait que la répudiation n'existe même pas encore à titre de demi-droit; car le mari peut, dès ce moment, en ravir le bénéfice à sa femme en annulant le guet (5). Cette particularité provient de la suprématie maritale dans le mariage et surtout de la non rétroactivité de la condition; cela est si vrai que dans le cas où, suivant la convention des parties, la répudiation conditionnelle devra remonter au jour de la confection de l'acte, celui-ci ne pourra plus, dans l'intervalle, subir de modification ni d'annulation de la part du mari (6).

En vertu des principes généraux du droit, les époux peuvent d'un commun accord et avant la réalisation de la condition, détruire le guet, par consentement exprès ou tacite comme la cohabitation.

Par dérogation, peut-être nécessaire aux principes, on interdit aux époux dans l'intervalle, la communauté de domicile (7).

On peut considérer cette prohibition comme une mesure provisoire en vue de la paix de l'intérieur.

(1) *T. b. Guitt.*, 74 a.

(2) R. JOSSÉ. — C'est un tana du ^{II}e siècle de l'ère chrétienne. R. Akiba avait été son maître. Il fonda à Séphoris, après l'abolition d'Adrien, une école.

(3) R. JEHOUDA. — Il était aussi tana ou docteur de la *Mischna*, vivait au ^{II}e siècle de l'ère chrétienne, et subit la mort pour infraction aux édits d'Adrien.

(4) *Misch. Guitt.*, VII, 4.

(5) *T. b. Guitt.*, 74.

(6) *Ibidem*.

(7) *T. b. Guitt.*, 73 a.

Comme nous l'avons déjà montré, la condition ne produit pas d'effet dans le passé; si donc, avant sa réalisation, le mari, par exemple, mourait, la répudiation deviendrait impossible (1).

Les modalités de l'acte doivent recevoir l'interprétation restrictive. Ce sont des exceptions à la règle générale de la rupture absolue du mariage par le guet, et par conséquent on ne doit les admettre que dans la mesure où la volonté des parties de les imposer est certaine ou bien probable. Ainsi le mari a exigé comme prix de la liberté qu'il confère à sa femme la remise de tel ou tel habit. Il n'est pas permis d'en fournir l'estimation (2).

R. Simon ben Gamliel, on se montre indulgent; il autorise de fournir l'équivalent en argent; la Guémara, dans l'interprétation (3) des termes de l'acte, tient compte de la volonté probable des parties quand elle n'a pas été exprimée; ainsi un mari a donné un guet sous la condition qu'il ne reviendrait pas au bout de douze mois; s'il mourait avant ce délai, la rupture du mariage se produirait aussitôt; c'était sans doute là l'intention de l'époux.

Le mari peut-il empêcher sa femme de réaliser l'obligation dont dépend le divorce. Il faut répondre affirmativement suivant le principe qui lui permet d'annuler et de modifier le guet dans l'intervalle qui le sépare de la réalisation de la condition (4). Cette opinion, toutefois, trouve des adversaires dans la Mischna, notamment R. Simon ben Gamliel, qui interprète le guet conditionnel dans un sens très large (5).

(1) *T. b. Guitt.*, 77 b.

(2) *T. b. Guitt.*, 74.

(3) *Misch. Guitt.*, VII, 5.

(4) *T. b. Guitt.* 75.

(5) *Misch. Guitt.*, VII, 5.

Divorce à terme suspensif

En vertu du principe qui range le divorce parmi les actes d'ordre privé et abandonnés, par conséquent, à l'autorité discrétionnaire des époux, le terme devait trouver place dans cette institution.

Il ne produit pas d'effet rétroactif, ce qui ne se comprend pas, puisque le terme suppose une rupture née dès le jour de l'acte, mais non encore exécutée; suivant cette règle, est nulle la répudiation qui ne doit produire effet qu'après la mort du mari (1). Avant l'expiration du délai fixé, la vie commune entre conjoints est interdite, ce qui, cette fois-ci, s'accorde mieux avec les sains principes du terme, et n'en convient pas moins à la tranquillité du ménage.

Ces exemples prouvent que les docteurs de la Mischna et du Talmud paraissent avoir confondu le terme et la condition suspensifs; ils n'ont pas vu que la première modalité ne porte aucune atteinte à l'existence du droit, que la seconde met, au contraire, cette existence en question.

(1) *T. b. Guill.*, 72 a

Effets du divorce

Le divorce rompt l'union d'une façon absolue. Il ne subsistera plus rien de l'autorité maritale. La femme, même mineure, obtient le droit de disposer de sa personne, notamment de conclure une nouvelle union sans autorisation aucune ; on ne tient pas compte de l'opposition du père, dont l'autorité s'est éteinte le jour du premier mariage de sa fille.

Pour éviter la confusion de part, on apporta, toutefois, une restriction à cette liberté absolue. On imposa à la femme un délai de remariage de trois mois (1). Cette période suffit pour constater la grossesse et attribuer par conséquent la paternité de l'enfant à naître au mari auteur du divorce ; lui-même n'a, bien entendu, aucun délai à observer.

Toute relation conjugale entre les ci-devants conjoints devra cesser, et, dans le but de prévenir toute infraction à cette défense, ils devront se choisir une habitation distincte (2). Ils s'abstiendront de prendre des logements communiquant facilement et directement entre eux, par exemple un même corps de bâtiment. On pousse encore plus loin cette prohibition ; ils ne devront même pas entretenir sans intermédiaire des relations entre eux. S'ils ont des communications à se faire, comme pour la liquidation des droits et reprises de la femme, ils désigneront, à cet effet, un mandataire qui les remplacera (3).

(1) *Misch. Yebam.*, IV, 10.

(2) *T. b. Ketoub.*, 27.

(3) *T. b., Ketoub.*, 28.

Si la maison qu'ils habitaient jusqu'à présent, leur appartient par indivis ou en pleine propriété au mari, c'est à la femme à la quitter. Celle-ci continue à y demeurer quand elle est propriétaire exclusive (1). On voit qu'elle est moins bien traitée que son époux.

Dorénavant le mari cesse d'être tenu de toute obligation envers sa femme; plus de dette de nourriture ni d'entretien envers elle (2); si elle devient prisonnière, ce ne sera pas à lui de la racheter. Mais le Talmud prolonge l'obligation de subvenir à ses frais, jusqu'au moment du paiement de ses droits et reprises (3).

Si les droits et obligations entre les ci-devant conjoints cessaient du jour du divorce, ils étaient encore moralement tenus l'un envers l'autre à se prêter assistance. Ainsi l'on raconte que R. José le Galiléen (4), entretenait chez lui, à ses frais, sa femme répudiée et son second mari, lorsqu'elle fut tombée dans la misère (5); on loua cette générosité (6).

Mais le divorce entraîne aussi certaines déchéances de la femme, soit par rapport à son premier époux, soit par rapport aux tiers.

Quant au remariage entre eux des conjoints divorcés, il était envisagé d'un œil favorable par la loi; nous venons de le constater, elle considérait les époux séparés, *tenus encore l'un envers l'autre d'une obligation morale* d'amitié. La Bible elle-même, peut-être, n'a interdit l'union d'un prêtre avec la femme divorcée, que pour permettre à celle-ci de renouer son premier mariage; et alors on comprend très bien l'opinion des docteurs qui

(1) *T. b. Ketoub.*, 28.

(2) *T. b. Ketoub.*, 54 a.

(3) *T. b. Ibn. Haez.*, 130.

(4) R. José le Galiléen, II s. — C'était un docteur de la *Mischna*.

(5) *Talm. de Jérus. Ketoub.*

(6) *Midrasch. Bérech. Rab.*, XVII, 3.

ne lui interdisent pas de rétablir son premier lien conjugal quand la femme a eu des relations passagères et coupables depuis la répudiation; car en ce cas, elle n'a pas failli paralyser à jamais son retour vers son premier époux.

Le même principe n'explique-t-il pas que le prêtre, représentant de la morale, ne doive pas prendre une femme divorcée (1). Il nous fait comprendre aussi une phrase de Philon; cet auteur permet au prêtre d'épouser une femme sans mari (2). C'est-à-dire une femme divorcée dont l'ex mari est mort; cela est contraire à la Halacha. Or cette exception à la règle s'explique dans notre opinion par l'impossibilité de rétablir la première union. Il faut ajouter que Philon ne paraît pas s'être aperçu de la raison que nous venons d'exposer. Le même écrivain interdit le mariage du mari avec la sœur de la femme qu'il a répudiée (3). Ce serait à notre gré, par cette raison que s'il prenait son ex-belle-sœur, son premier mariage ne saurait être rétabli; en effet, il ne saurait épouser deux sœurs.

R. Meïr rapporte dans la Mischna qu'on interdit à la femme répudiée pour un vœu qu'elle a fait, de revenir à son premier mari; *si celui-ci venait à regretter la rupture qu'il a consommée, il pouvait anciennement annuler un second mariage de la femme, ultérieurement contracté avec un tiers et reprendre celle qu'il avait renvoyée*. C'est encore une preuve que la loi biblique favorisait le remariage des époux divorcés, même au mépris des droits du second mari; il n'avait qu'à ne pas nouer une union réprouvée.

Nous pouvons conclure que dans la plupart des cas,

(1) Lévit., XXI, 7.

(2) De Ritter. *Phil. de la halacha*.

(3) Philon. *Des lois partie*.

le divorce n'entraînait pas par lui-même une déchéance pour la femme. Le législateur de la Bible reconnaît que la rupture entre les époux provient souvent d'un accès de colère passager et qui se calmera facilement; mais il n'admet pas que la femme consomme cette scission en concluant un second mariage. Il réprouve les tiers qui s'y prêtent, d'où interdiction pour le prêtre et blâme contre les autres israélites qui prennent une femme répudiée alors que son premier époux vit encore.

Comme il a été démontré, il existe à l'égard des tiers, une obligation morale de ne pas épouser une telle femme. Quant aux prêtres, ce lien moral se transforme en lien de droit, défense leur est faite par la Bible de conclure un tel mariage, sauf, à notre avis, exception lorsque le premier mari est décédé actuellement.

Le même principe se traduit encore du temps de la Mischna et du Talmud par quelques restrictions du remariage de la femme répudiée avec tiers. Ainsi ne pouvait l'épouser celui qu'on présumait avoir consommé l'adultère avec elle (1); le messager qui avait apporté le guet d'une contrée située hors de la Palestine, (2) par ce qu'il devait attester que l'écrit avait été rédigé, selon les formes légales; et on craignait qu'il ne rendit un faux témoignage, afin d'obtenir le divorce de la femme qu'il épouserait ensuite; c'est là du moins le motif apparent que donnent les textes.

(1) *Misch. Yebam*, II, 8.

(2) *Misch. Yebam*, II, 9.

Effet du divorce sur les Enfants

La répudiation opère séparation de domicile des deux époux. A qui vont être confiés les enfants? Qui sera chargé de pourvoir à leur nourriture et à leur entretien?

La loi les confie à celui de leurs parents qui leur offre le plus d'avantages; on ne recherche pas dans ce but aux torts de quel conjoint le divorce peut être déclaré; c'est l'intérêt des enfants qui prime tout. Les garçons jusqu'à six ans, les filles sans limite d'âge, sont placés chez leur mère (1). Néanmoins le tribunal, quand le mari ou un des membres de la famille lui ont démontré l'inconvénient de cette disposition, peut y déroger dans l'intérêt des enfants. Il faut noter une seule exception à ce pouvoir discrétionnaire des juges. Si la mère allaitait l'enfant avant le divorce et que celui-ci la reconnût bien, elle devra continuer de le nourrir jusqu'à l'accomplissement d'un délai de vingt-quatre mois d'allaitement (2).

Si la femme a droit de garder les enfants dans la mesure que nous venons d'indiquer, elle peut aussi exiger qu'ils soient remis au mari (3).

Qui doit subvenir à leurs frais d'entretien? C'est toujours le mari (4). Le divorce n'a pu le décharger de cette obligation qui le grevait durant le mariage; il continuera à leur fournir, selon R. Ulla, les aliments, l'entretien

(1) *T. b., Ketoub*, 102 b.

(2) *T. b. Ketoub*, 60 a.

(3) *T. b. Ketoub*., 65 b.

(4) *Ibidem.* ,

quand ils demeurent avec lui, et une pension s'ils habitent avec la mère ; quand celle-ci allaite les enfants, il devra lui payer une somme équivalente au montant des appointements d'une nourrice (1).

Le père reste tenu de l'entretien des filles quoiqu'elles soient confiées à la mère convolant et seconde noces.

(1) *T. b. Ketoub*, 60 b.

Effet du divorce

SUR LES

Conventions matrimoniales ou Ketoubah

Nous avons vu dans les chapitres précédents que la femme bénéficiait d'un douaire ; il faut y ajouter parfois un augment de douaire ; en outre, elle obtient une dot de son père.

Le douaire existait depuis la plus haute antiquité, comme il a été démontré d'après plusieurs passages de la Bible (p. 17 et suiv.).

Primitivement (1) aussi, le montant du douaire était payé au père de la jeune fille par le jeune homme. Plus tard on promettait cette somme à la future elle-même quand elle était majeure, le débiteur s'engageait à lui payer cette somme au jour de la dissolution du mariage ; ce procédé avait un inconvénient, car bien souvent l'époux dissipait sa fortune, se mettant, par là, dans l'impossibilité de faire honneur à ses engagements. Pour y remédier, on remettait l'argent entre les mains des parents de la femme ; mais c'était par trop faciliter le divorce, contrairement à l'esprit du Talmud ; le mari n'ayant rien à déboursier au moment de la répudiation, n'hésitait pas à l'accomplir. On réalisa donc une nouvelle réforme ; l'argent de la Ketoubah ou douaire était converti en biens, confiés au mari jusqu'au jour du divorce ; mais si le mari éprouvait parfois quelque peine à se séparer de ces choses, il ne reculait pas le plus

(1) *T. b. Ketoub.*, 82.

souvent devant cet obstacle contre la répudiation. Enfin, Simon ben Schétach (1), établit les droits de la femme sous forme de créance garantie par une hypothèque générale sur tous les biens du mari; celui-ci, tenu de faire face à ses obligations envers son épouse, hésitait à la répudier; dissipait-il même sa fortune, il ne mettait plus en danger les droits de sa créancière.

Primitivement cette hypothèque ne portait que sur les immeubles du mari (2); cette limitation n'avait pas grand inconvénient tant que les Israélites habitaient la Palestine, et que la plus importante partie de leur fortune consistait en biens fonciers; cet état de choses changea après leur dispersion.

Les persécutions religieuses qu'il subirent les obligèrent trop souvent à changer de séjour et à rechercher des contrées plus hospitalières; force leur fut de convertir leurs biens en fortune mobilière. Et alors pour assurer à la femme la garantie de sa Ketoubah, on étendit aussi l'hypothèque aux objets mobiliers (3); cette décision date du huitième siècle. Maimonide ne reconnaît pas encore à cette réforme le caractère obligatoire. Pour écarter toute difficulté, on inscrit toujours dans le contrat de mariage que l'hypothèque de la femme porte sur les meubles et les immeubles du mari. Cette disposition même se sous-entend dans les pays où elle est connue.

La Ketoubah au sens étroit, ou douaire, c'est la somme que le mari promet à sa femme au moment où il l'épouse. Cette stipulation était devenue tellement de style, que sans elle l'union ne se réalisait pas.

(1) SIMON BEN SCHÉTACH. — Il était un des chefs des Pharisiens et vivait au 1^{er} siècle avant l'ère chrétienne, et devint président du Sanhédrin.

(2) *T. b. Ketoub.*, 82 a.

(3) *Eb. Haer.*, p. 17.

Le contrat accordait à la femme au moins deux cents zouz à titre de douaire. Mais elle ne peut exiger que la moitié de cette somme, si le jour du mariage elle ne possède plus sa virginité.

Le montant de cette créance permettait à la femme après rupture de l'union conjugale, de vivre dans l'aisance ; car un individu qui possédait une telle fortune, n'avait pas droit à la charité publique (1). L'épouse devenue veuve ou une première fois déjà divorcée n'a droit qu'à cent zouz, parce qu'elle a touché antérieurement une Ketoubah du premier mari.

Le montant du douaire, tel que nous venons de l'établir, n'a rien d'invariable ; il subit, le jour du mariage et suivant les circonstances, des augmentations ou des diminutions. Les époux peuvent même, durant leur union, y apporter des changements, sous réserve toutefois des droits des tiers. Ainsi la femme ne saurait renoncer aux droits conférés aux enfants d'un premier lit contre son époux actuel (2).

Elle subit la perte de son douaire pour une infraction soit à une loi religieuse, soit à une prescription de la morale ; la première de ces deux dispositions paraissant appelée, dans la Mischna, loi de Moïse, la seconde loi juive ou rabbinique (3).

Comme transgression d'une loi mosaïque, on peut citer quelques exemples : L'épouse a donné à son mari des aliments interdits, par exemple du suif ou du sang ; elle lui a préparé des mets dont elle n'a pas prélevé la dîme, elle ne consent pas à remplir les devoirs conjugaux, parce que son conjoint ne lui convient pas.

Elle transgresse une prescription de la morale, quand

(1) Rabbinoviez. *Légis. civ. de Talm.*, t. I, p. 103.

(2) *Tour. d'ap. T. b., Ketoub.*, 101 b.

(3) *T. b. Haez*, art. 1.

elle fait un vœu de ne rien prêter ni emprunter à ses voisines, quand elle a manqué de pudeur (1), elle s'est, par exemple, promenée nu-tête dans les rues.

Parfois elle ne subit que des restrictions de sa créance dotale ; le mari a fait des dépenses sur les biens de sa femme et il n'en a tiré, pour son profit personnel, aucun produit ni fruit, il aura le droit de se faire rembourser ses impenses ; mais il en sera privé, s'il a touché une partie, quelque minime qu'elle soit, de ses déboursés ; car alors la loi suppose qu'il s'est chargé des risques de bénéfices et de pertes (2). — Un fait semblable a été porté devant R. Jehouda. Le mari avait fait des dépenses pour la terre de sa femme avant le divorce, il en avait donné quelques branches d'arbre à manger à son bétail. Il n'obtint pas le paiement de ses frais avancés (3).

Quand la femme n'a aucun reproche à se faire, quand le divorce n'est pas le résultat de sa faute, religieuse ou morale, elle obtiendra le paiement de l'intégralité de ses créances dotales.

En voici quelques exemples : Elle veut habiter la Palestine, mais son époux n'y consent pas (4) ; elle a demandé le divorce pour cause de défauts graves du mari, il a perdu la vue, une main ou une jambe (5), elle a subi de mauvais traitements de la part de son conjoint (6), elle s'est vu adjoindre une seconde femme sans y avoir donné son consentement (7).

La créance de la femme contre son mari ne se borne pas à son douaire, il vient s'y ajouter la dot proprement

(1) *T. b. Haez*, art. 4.

(2) *T. b. Ketoub.*, 79.

(3) *T. b. Ketoub.*, 80.

(4) *Misch. Ketoub.*, XIII, 2. *T. bab. Ketoub.*, 110 b.

(5) *T. b. Kcl.*, 77 a.

(6) *T. b. Ketoub.*, 71 a., 77 a. *T. b. Ketoub.*, 39 per., III.

(7) *T. b. Yebam.*, 65.

dite de cinquante zouz (1), et l'augment de douaire (2). Cet augment se trouve déjà consacré par la Mischna, *Ketoub*, V., 1, toutefois elle ne l'impose pas, l'époux est libre de le donner ou de ne pas le donner. Il est inséré dans la Ketoubah (3) tout comme le douaire, il en suit à peu près toutes les règles; la cession de l'un entraîne cession de l'autre; la diminution ou la suppression pour manquement de la femme à ses devoirs et l'hypothèque s'appliquent aux deux créances (4).

Il convient cependant de marquer quelques différences entre elles; elles proviennent principalement de la différence de leur fondement; l'augment, en effet, peut seul être considéré comme *praemium virginitalis* (5). Ainsi le mari ne le devra pas, quoique l'ayant promis, quand le mariage a été rompu sans avoir été consommé, lorsque la femme s'est déclarée vierge sans posséder cette qualité.

Comme l'augment seul émane de la libre volonté du mari, il le donnera, sous forme de numéraire ou de biens, tandis que le douaire devra toujours consister en argent (6).

Les cadeaux que l'épouse divorcée a reçus de son conjoint, restent sa propriété; elle les emportera après répudiation, quelle qu'en soit la cause (7).

Les créanciers sont admis à poursuivre contre la femme pendant le mariage le paiement des dettes qu'elle a contractées avant mariage; mais ils doivent produire à l'appui de leur demande, un écrit portant deux signatures de témoins.

(1) *Eheverhaltrusse Bergel*, 16.

(2) *Misch. Ketoub.*, V, 1.

(3) *Maim. Isch.*, X, 7.

(4) *T. b. Ketoub.*, 54.

(5) *Misch. Ketoub.*, VI.

(6) *T. b. Haez*, p. 31.

(7) *Misch. Baba. Batra*, IX, 5. Tour. 792 d'après R. Nissim.

Les créanciers postérieurs à la conclusion du mariage n'auront le droit d'exiger l'exécution des engagements de la femme, qu'après dissolution de l'union conjugale; les causes du divorce n'exercent donc aucune influence particulière sur ces obligations.

La créance de la Ketoubah peut être cédée par la femme (1); cela n'est peut-être pas conforme à l'esprit de cette institution; le douaire et l'augment ont pour but principal de fournir à l'épouse, lors de la rupture du mariage, des biens suffisant à son entretien. Néanmoins, comme cette cession peut devenir nécessaire pour payer une dette de son époux ou établir un enfant, on la tolère.

Quant à la transmission de la Ketoubah au mari lui-même, Maimonide et la majorité des docteurs la repoussent. Bien souvent elle résulterait d'un entraînement passager, d'une pression, et donnerait par conséquent lieu à des abus; si néanmoins, elle a eu lieu, il faut dresser un nouveau contrat de mariage (2).

La cession faite au tiers du douaire et de l'augment, ne produit effet qu'en cas de *prédéces* du mari, ou de divorce, car ces dispositions ont pour but l'entretien de la femme survivante à la rupture du mariage, et s'éteignent par conséquent si elle meurt avant son époux (3).

La femme obtient le paiement de ses créances dotales en présentant son contrat de mariage et son acte de divorce (4). Le premier de ces écrits prouvant l'existence et le montant de ses droits, le second établissant que leur échéance est arrivée.

Mais la production de ces écrits n'est pas indispensable; car le législateur admet des dérogations à la règle,

(1) *T. b. Bab. Kam.*, 89 a.

(2) *T. b. Bab. Kama.*, 89 b.

(3) *Ibidem. T. b. Bab. Kam.*, 89 a.

(4) *Nedar.*, 51 a. *Maimon. Ischoth*, 9.

pour détourner le mari du divorce, et l'obliger* à payer en tous cas ce qu'il doit. La femme ne produit que son contrat de mariage, elle a perdu son acte de divorce; elle prouvera la rupture du lien conjugal par un autre moyen et recevra au moins les deux cents zouz du douaire légal (1).

La même préoccupation a conduit le législateur à repousser l'indivisibilité de l'avcu qu'a fait le mari. Il reconnaît avoir répudié sa femme, mais il déclare en même temps avoir payé la dot, sans en apporter la preuve écrite. On fera jurer la femme qu'elle n'a pas reçu son douaire légal, et le mari qu'il a payé l'augment; ce n'est que de cette dernière dette qu'il sera affranchi sans l'avoir acquittée (2). On voit qu'on tient à assurer en tous cas, un minimum légal à l'épouse divorcée.

Le tribunal jouit d'un droit encore plus considérable; supposons le contrat de mariage perdu; on ne possède donc pas de preuve de la somme que doit le mari; eh bien, les juges la détermineront d'après le montant de la Ketoubah des parents des époux divorcés (3).

Toujours en haine du divorce et en considération de l'état digne d'intérêt de la femme, on admet celle-ci, sous la foi du serment, à poursuivre l'exécution de ses droits contre son mari absent: c'est une dérogation aux principes (4).

C'est sur l'acte de divorce remis à la femme et sur une pièce remise au mari qu'on écrit l'acquiescement de la Ketoubah.

Après l'insurrection de Bar Cochbah, on déchirait le guet aussitôt la cérémonie de répudiation achevée et on

(1) *Nedar.*, 51 a. *Maimon. Ischoth.*, 9.

(1) *T. b. Ketoub.*, 89 a.

(2) *T. b. Ketoub.*, 12 a.

(3) *T. b. Ketoub.*, 88.

permet à la femme divorcée de réclamer sa Ketoubah sans cet acte (1).

Le douaire et l'augment se prescrivent au bout de 25 ans. Cette prescription n'interrompt pas une demande en paiement faite dans cet intervalle. Elle a pour point de départ le jour du divorce (2).

(1) *Misch. Ketoub.* IX. 9.

(2) *Rabbin. Legis. civile du Talm.*, p. 301.

trente-cinq ans ou quand il sera certain que la puberté ne se produira jamais (1).

La Bible permettait au père, à son défaut à la mère et aux frères (2), de marier la fille mineure. Mais cette union ne produisait pas les effets d'un mariage librement consenti par la femme; celle-ci pourra rompre le lien conjugal même sans motif, quand elle aura atteint sa majorité.

Nous avons vu qu'il n'en est pas de même du divorce régulier; la forme de sa renonciation à l'union est fort simple: elle déclarera devant témoins (3) qu'elle rompt le mariage qu'on lui a imposé. Elle n'a pas droit à la Ketoubah (4) qui est un des éléments essentiels du véritable mariage, elle pourra reprendre son premier mari, quand même elle aurait rompu avec un second (5); pas d'interdiction d'épouser un prêtre (6), résultant de son désistement.

Quand elle a été mariée malgré son refus ou quand elle est tellement jeune qu'elle ne sait pas conserver le symbole des fiançailles elle n'est pas tenue de faire acte de désistement pour se séparer de son époux (7).

Les Docteurs de la Mischna et du Talmud réprouvaient déjà ces sortes de mariages imposés par les parents à la mineure; de nos jours, cet abus a complètement disparu des mœurs juives.

(1) *T. b. Nidah*, 52 (M).

(2) *T. b. Babyl. Yeb.*, 107.

(3) *T. b. Yeb.*, 107.

(4) *T. b. Ketoub.*, 100-101.

(5) *T. b. Ketoub.*, 101 a.

(6) *Ibidem*.

(7) *T. b. Ketoub.*, 13. *M. Ketoub.*, IV, 2.

1871

1872

1873

1874

1875

1876

1877

1878

1879

Vu :

Le Président de la thèse,

ESMEIN.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

Le Président de la République
GILLESPIE

Le Président de la République
GILLESPIE

Le Président de la République
GILLESPIE

IMPRIMERIE "L'ÉMANCIPATRICE"
3 - Rue de Pondichéry - 3
PARIS
